Der Gefahrübergang beim Kauf einer beweglichen Sache in den Fällen der Ersatzübergabe

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Gerhard Lange
Referendar in Liegnitz

BRESLAU 1932
HOCHSCHUL-VERLAG BRESLAU
Druck von Karl Vater :: Breslau 5 :: Siebenhufenerstraße Nr. 11/15

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau

Berichterstatter: Prof. Dr. Süß.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dem Andenken meines Vaters!

Meiner Mutter!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543117_0070

Inhalts-Verzeichnis

§ 1. Einleitung 13

§ 2. Gefahr, Gefahrtragung, Gefahrübergang 14

I. Römisches Recht 14

II. BGB. 15

Gefahr im Sinne des Sprachgebrauchs 15

Begriff der Gefahr im techn. Sinne 15

1. Gefahr außerhalb von Schuldverhältnissen 15

2. periculum obligationis 16

3. Gefahrübergang 18

§ 3. Die Gefahrtragung bei einseitigen und bei gegenseitigen Schuldverhältnissen 18

§ 4. Die Gefahrtragung beim Kauf im römischen Recht 20

§ 5. Die Gefahrtragung nach deutschem Recht und dem Preuß. Allgemeinen Landrecht 22

§ 6. Allgemeines über den Gefahrübergang beim Kauf nach BGB. 25

§ 7. Bestimmung der einzelnen im § 446 BGB. verwendeten Begriffe 26

§ 8. Auslegung des Begriffs der Uebergabe im Sinne des § 446 BGB. 28

I. Eigentumstheorie 28

II. Besitztheorie 34

III. Uebergabe gleich Verschaffung der tatsächlichen Herrschaft (Herrschaftstheorie) 35

§ 9. Der Gefahrübergang beim constitutum possessorium und der Vindikationszession 40

I. Problemstellung 40

II. Eigentumstheorie 40

III. Besitztheorie 40

IV. Herrschaftstheorie 41

§ 10. Ansicht des Verfassers 48

I. Für den Fall des Besitzkonstituts 48

II. Für den Fall der Vindikationszession 55

Literatur-Verzeichnis

Adler, Der Uebergang der Gefahr beim Handelskauf, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht. Bd. 72, S. 388 ff.

Berndt, Die Gefahrtragung beim bedingten Kauf und beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt. Dissertation Göttingen 1923.

Busch, Erler, Lobe, Michaelis, Oegg, Sayn, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 6. Aufl. II, 2 bearb. v. Lobe, Oegg, Sayn, Schliewen, Seyffarth, Berlin und Leipzig 1928. 7. Aufl. II 2, bearb. von denselben. Berlin und Leipzig 1929.

Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, v. Cosack-Mitteis 1. Bd. 8. Aufl. Jena 1927.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 1. Bd. Tübingen und Leipzig 1900, 2. Bd. Tübingen und Leipzig 1902.

Cuno, Uebergang der Gefahr bei Gattungsschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Dissertation Breslau 1901.

Dernburg, Pandekten, 2. Aufl. Berlin 1889 2. Bd., 5. Aufl. Berlin 1897.

— Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens 2. Aufl., bearbeitet von Staape, Halle 1915.

— Lehrbuch des preuß. Privatrechts und der Privatrechts-Normen des Reiches 5. Aufl., Halle 1897, 2. Band. Das Obligationsrecht.

Dietrich, Der Gefahrübergang beim Kauf, Dissertation Heidelberg 1907.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897, 2. Aufl., 3. Bd., Mannheim und Leipzig 1913.

Eccius, In Gruchots Beitr. bei Besprechung zu Schollmeyers „Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB." 41. Jahrg. S. 881 ff.

Eißer, Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag in rechtsvergleichender Darstellung, Berlin 1927. Rechtsververgleichende Abhandlungen v. Titze u. M. Wolff Bd. 4.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts 9. Aufl. 1. Bd. Berlin 1903.

Enneccerus-Wolff-Kipp, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 2. Abt., 28.—30. Aufl. Marburg 1928.

Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899.

Fischer, H. Albrecht, Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden im Iher. Jahrbüchern Bd. 51 S. 159ff.

— Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre in der Rostocker Festschrift für von Amsberg 1904.

Förster, Preuß. Privatrecht, bearb. v. Eccius 7. Aufl. 1. Bd. Berlin 1896.

von Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, 3. Bd. 1917, München und Leipzig.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Aufl., 1. Bd. Berlin 1903.

Hach, Das Alte Lübische Recht, herausg. Lübbeck 1839.

Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts, 2. Bd. Leipzig 1886.

Heyer, Der Gefahrübergang im Falle des § 455 BGB., Dissertation Straßburg 1911.

Hübner, Rudolf, Grundzüge des Deutschen Privatrechts. 5. Aufl., Leipzig.

Ihering, in Iherings Jahrbücher, 3. Bd. S. 449, Beitrag zur Lehre der Gefahr beim Kaufkontrakt.

Jaffé, Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf (BGB. § 455) Dissertation Leipzig 1910.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen 1900.

Klasen, Die Gefahrtragung bei auflösend bedingten Käufen. Dissertation Greifswald 1914.

Koch, Allgemeines Landrecht für die Preußieschen Staaten. Herausgegeben mit Kommentar von Koch. 8. Aufl. 1. Bd. Berlin und Leipzig 1884.

Krahmer, Gegenseitige Verträge, Halle 1904.

von Laßberg, Der Schwabenspiegel, Tübingen 1840.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches 1. Hälfte, Berlin 1904.

Lazarus, Das Recht der Abzahlungsgeschäfte nach geltendem Recht und dem Bürgerl. Gesetzbuch, Berlin 1898.

Leonhard, Franz, Erfüllungsort und Schuldort, Berlin 1907.

Lübbe, Die Regelung des Gefahrüberganges beim Kauf nach dem BGB. Dissertation Leipzig 1907.

Martinius, Zur Lehre von der Gefahr beim Kauf nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 17 (1900) S. 50 ff.

Nolte, Ueberseeische Cif-Abladegeschäfte in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht. Bd. 89 S. 51.

Oertmann, Kommentar zum BGB. und seinen Nebengesetzen. Bürgerliches Gesetzbuch 2. Buch, 2. Abt. 5. Aufl. Berlin 1929.

— Im Handbuch des gesamten Handelsrechts, herausg. von Viktor Ehrenberg, 4. Bd. 2. Abt. Leipzig 1918. 2. Kapitel: Das Kaufgeschäft.

Offermann, Die Gefahrtragung beim Kauf nach römischen Recht und bürgerlichem Recht. Dissertation Heidelberg 1908.

Poiger, Zur Lehre von der Gefahrtragung, insbesondere der Gefahrtragung beim Kaufe, Dissertation Würzburg 1922.

Pudor, Der Uebergang der Gefahr beim Verkauf mit Eigentumsvorbehalt in Jur. Wochenschrift 1905 S. 566.

Puntschart, Die fundementalen Rechtsverhältnisse des römischen Rechts 1885.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, herausgeg. v. Strohal, 4. Aufl. 2. Band, 2. Abt. Berlin und Leipzig 1928.

Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft, Berlin 1930. Abhandlungen aus der Berliner Jur. Fakultät, Band 4.

Schmitz, Josef, Die Gefahrtragung beim Kauf und Werkvertrag, Dissertation Greifswald 1918.

Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 6. Aufl. fortgef. v. Frh. von Küßberg, 1. Bd. Leipzig 1919.

Schuster, Das Wiener Stadtrechts- oder Weichbildbuch, herausgegeben Wien 1973.

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, 4. Aufl., Stuttgart 1929.

von Staudinger, Kommentar zum BGB. und dem E. G., 2. Band Recht der Schuldverhältnisse 1. Teil erläutert v. Werner 9. Aufl., München, Berlin und Leipzig 1930. 2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse 2. Teil erläutert von Kober und Nipperdey, 9. Aufl. München, Berlin und Leipzig 1928.

Stern, Die Gefahrtragung beim Kaufe, Diss. Marburg 1919.

Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts, 3. Aufl. bearb. von Lehmann, 3. Bd. Berlin 1898.

— Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, Leipzig 1855.

— Die Auflassung des deutschen Rechts, in Iher. Jahrb. Dd. 12 (1873) S. 137 ff.

Titze, Unmöglichkeit der Leistung 1900.

— Bürgerliches Recht. Recht der Schuldverhältnisse 3. Aufl. Berlin 1928, in der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, herausgegeb. von Kohlrausch und Kaskel.

von Tuhr, Allgem. Teil des schweizerischen Obligationenrechts 1. Bd. Tübingen 1924.

Vins, Der Grundgedanke der Gefahrtragungsregelung beim Fahrniskauf, Dissertation Bonn 1923.

Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. Bd. Tübingen 1923.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts 9. Aufl. mit vergleichender Darstellung des deutschen bürgerl. Rechts, bearbeitet von Kipp, 2. Bd. Frankfurt a. M. 1906.

Wolters, Das Prinzip der Gefahrtragung beim Kauf, nach § 446 BGB. Dissertation Würzburg 1927.

Wächter, Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 15 „Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen?

Gesetzbücher.

Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.

Der Staat Frankfurt a.M. erneuerte Reformation. M.D.C.X.I.

Der Stadt Hamburg Gerichtsordnung und Statuta 1842.

Erneuert - und vermehrtes Land - Recht des Ertz-Stifts-Trier 1713

Codex Maximilianeus Bavaricus civilis oder baierisches Landrecht.

Des Herzogtumbs Württemberg. Gemein Landrecht v. 1. Juni 1610.

Das Alte Lübische Recht, bearb. v. Hach, Lübeck 1839.

Das altprager Stadtrecht aus dem 14. Jahrhunderte, herausgegeben von Rößler.

Der Schwabenspiegel oder Schwäbisches Land- und Lehnrechtbuch, herausg. von v. Laßberg, Tübingen 1840.

Allgemeines Landrecht für die Preuß. Staaten, herausgegeb. mit Kommentar, von Koch. Berlin und Leipzig 1884.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863.

Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch erl. v. Dr. Schey 21. Aufl., Wien 1926.

Code civil, publ. par Bourdeaux Paris 1926. 26. Ed.

Abkürzungen.

ALR. = Allgemeines Landrecht für die Preuß. Staaten.

Arch. ziv. Prax. = Archiv für die zivilistische Praxis.

BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.

DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.

Gruch. Beitr. = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchort.

Iher. Jahrb. = Iherings-Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

Jur. R. = Juristische Rundschau.

JW. = Juristische Wochenschrift.

KG. = Kammergericht.

Kom. der RG.-Räte = Kommentar der Reichsgerichtsräte, genauer das Bürgerliche Gesetzbuch, bearbeitet von Busch, Erler, Lobe, Michaelis, Oegg, Sayn, Berlin und Leipzig.

LZ. = Leipziger Zeitschrift für das Deutsche Recht.

Mot. = Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.. Berlin 1888.

OLG. = Oberlandesgericht.

Prot. = Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB., bearb. von Achilles, Gebhard, Spahn, Berlin 1887.

Rspr. d. OLG. = Entscheidungen der Oberlandesgerichte.

RG. = Reichsgericht.

RGZ. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Seuff. Arch. = Seuffers Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Seuff. Bl. = Seufferts's Blätter für Rechtsanwendung.

Warn. Rspr. = Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen, von 1919 ab: Rechtssprechung des Reichsgericht.

ZHR. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht.

Der Gefahrübergang beim Kauf einer beweglichen Sache in den Fällen der Ersatzübergabe.

§ 1.

Einleitung.

Nach § 433 BGB. ist der Verkäufer verpflichtet, die Sache dem Käufer zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen. Hierbei ist entsprechend dem gewöhnlichen Sprachgebrauch unter übergeben die Uebertragung der tatsächlichen Herrschaft zu verstehen[1]), da ja das Gesetz die Pflicht des Verkäufers zur Uebereignung neben der zur Uebergabe noch besonders zum Ausdruck gebracht hat.

Nicht immer aber liegen die Verhältnisse so, daß der Verkäufer in der Lage oder nach der Vereinbarung der Parteien verpflichtet ist, die von ihm verkaufte Sache sofort zu übergeben. Bei den Vorschriften über den Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen erwähnt das Gesetz selbst drei Fälle, in denen der Veräußerer die Sache sofort übereignen, nicht aber übergeben kann oder muß. Es regelt dabei die Frage, ob die gewöhnlich zur Uebereignung erforderliche Uebergabe erläßlich ist oder ersetzt werden kann.

I. Nach § 929 S. 2 BGB. kann die Uebergabe ersatzlos wegfallen, wenn der Erwerber im Besitz der Sache ist. Es genügt hier zum Uebergang des Eigentums die bloße Einigung. Ein Ersatz der Uebergabe liegt daher hier nicht vor. Dieser Fall gehört daher streng genommen nicht zum Thema und wird nur gelegentlich gestreift werden. Ueberdies bietet er bezüglich des Gefahrenüberganges keine Schwierigkeiten. Anders dagegen in den beiden folgenden Fällen:

II. Will der Veräußerer auch weiterhin im unmittelbaren Besitz der Sache bleiben, so kann nach § 930 BGB. die zur Eigentumsübertragung erforderliche Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß er mit dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart, vermöge dessen der neue Eigentümer

1) Kom. d. RG. Räte. (1929) II 2 zu § 433 S. 16; Staudinger (1928) II 2 zu § 433 Bem. VIII A, 1 S. 30; RGZ. Bd. 95 S. 105.

den mittelbaren Besitz erlangt. (sog. Besitzauftragung oder constitutum possessorium).

III. „Ist ein Dritter im Besitz der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt" (§ 931 BGB.) sog. Vindikationszession.

Die in den §§ 930, 931 BGB. geregelten Fälle der sog. Ersatzübergabe sollen nun im folgenden hinsichtlich des Gefahrüberganges Gegenstand der Untersuchung sein. Es handelt sich dabei um die Frage, wer von den Parteien und von welchem Zeitpunkt ab den durch zufälligen Untergang oder zufällige Verschlechterung der Sache erwachsenen Schaden tragen soll, der nach Kaufabschluß aber noch vor der Erfüllung, vor dem Erlöschen des Vertrages, entsteht,

Nach der Bestimmung der Begriffe „Gefahr", „Gefahrtragung" und „Gefahrübergang" werden zunächst die Gefahrtragung bei einseitigen Schuldverhältnissen und bei gegenseitigen Verträgen, darauf der Gefahrübergang beim Kauf in seiner geschichtlichen Entwickelung und im geltenden Recht behandelt und schließlich diese Frage für die Fälle der sogen. Ersatzübergabe untersucht werden.

§ 2.

Gefahr, Gefahrtragung, Gefahrübergang.

I. Schon im römischen Recht wurde der Begriff der Gefahr, das periculum, in sehr verschiedenem Sinne gebraucht. Einmal war es gleichbedeutend mit einem schon eingetretenen, an anderen Stellen mit einem erst drohenden Vermögensnachteil oder überhaupt mit jeder Gefahr im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs. In den Quellen wiederholt sich aber bei vielen Redewendungen[1]) der Begriff des periculum auch in einem bestimmten Sinne und entwickelt sich so zu einem terminus technicus[2]), er bedeutet hier die Belastung des Vermögens einer bestimmten Person mit einem möglicherweise eintretenden zufälligen Schaden[3]).

1) vergl. 1 12 § 3 D 16,3; 1 62 § 2 D 8,1; 1 2 C IV 48; 1 6 C IV, 48 und die bei Hofmann S. 5 zitierten Stellen.

2) vergl. Hofmann a. a. O.

3) Nach Hofmann S. 1 ist das periculum in juristischem Sinne „Die wirtschaftliche Gefahr in ihrer rechtlichen Beziehung auf das Vermögen einer bestimmten Person".

II. Auch das BGB. verwendet den Begriff der Gefahr in verschiedenem Sinne[4]).

So spricht es von der „Gefahr des Notstandes", der sich ein Verschwender oder Trunksüchtiger aussetzt (§ 6 Abs. I Nr. 2 und 3 BGB.), von der „Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens", auf die der Geschädigte den Schuldner aufmerksam zu machen hat (§ 254 Abs. II BGB.), von der „Gefahr durch Zwangsvollstreckung ein Recht zu verlieren" (§ 268 BGB.), von „Leibes- und Lebensgefahr" in den §§ 20, 228, 230, 618, 680, 836, 836, 904 BGB., von Fällen, in denen mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist (§§ 384, 665, 673, 727, 867, 1220, 1358, 1401 und 1683 BGB.) u. a. m. Das Gesetz verwendet hierbei das Wort „Gefahr" im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs als ein Zustand, in dem der Eintritt eines schadenbringenden Ereignisses wahrscheinlich ist[5]).

Andererseits kennt aber das BGB. ähnlich wie das römische Recht den Begriff der Gefahr in bestimmter technischer Bedeutung — die auch für die vorliegende Arbeit allein in Betracht kommt — in Verbindung mit der Frage, welche von mehreren Personen den Schaden zu tragen hat, der eine in ein Schuldverhältnis verstrickte Sache betrifft.

Außerhalb von Schuldverhältnissen bedurfte es keiner gesetzlichen Regelung[6]), da nur eine bestimmte Person, der Eigentümer, zu dem Rechtsgut in einer rechtlichen Beziehung steht. In diesem Falle trägt naturgemäß der Eigentümer die Gefahr. Es handelt sich hierbei um die Gefahr des Verlusts des Eigentums (sogen. periculum rei.) Den Eigentümer trifft aber gleichzeitig der dadurch entstandene Vermögensnachteil (periculum aestimationis[7]), die Gefahr des Sachwertes). Die Römer drückten dies mit dem Satz aus: „casum sentit dominus". Nur in Ausnahmefällen trägt der Eigentümer nicht das periculum aestimationis, so z. B. in § 700 HGB. bei der großen Havarie[8]). Hier fällt also das periculum rei und das periculum aestimationis auseinander.

Dieselben Regeln sind anzuwenden, wenn mehrere Mit-

4) Ueber eine ähnliche Mehrdeutigkeit und Unbestimmtheit des Gefahrbegriffs im Ausland, siehe Eißer S. 4.
5) Aehnlich Schmitz S. 1, Cuno S. 2.
6) So richtig Hofmann S. 1, ferner Cuno S. 3, Fedden S. 3, Schmitz S. 2.
7) Ebenso Wolters S. 57.
8) Wolters a. a. O.

eigentümer vorhanden sind oder außer dem Eigentümer noch ein anderer dinglicher Berechtigter. Miteigentümer tragen das periculum rei gemeinsam, das periculum aestimationis aber nur im Verhältnis ihrer Anteile[9]). Bei anderen dinglichen Berechtigten bedeutet das periculum rei den Verlust des betr. dinglichen Rechts und das periculum aestimationis den ihnen hierdurch erwachsenen Vermögensnachteil, den sie, wie der Eigentümer, regelmäßig allein zu tragen haben.

Ist über das Gut ein Schuldverhältnis abgeschlossen, die Sache aber noch nicht übereignet worden, so trägt der Schuldner naturgemäß auch weiterhin das periculum rei d. h. die Gefahr des Verlustes seines Eigentums[10]). Durch ein in der Zeit zwischen dem Abschluß des Vertrages und der Erfüllung eintretendes schadenbringendes Ereignis wird aber auch die Leistungsmöglichkeit berührt. Der Schuldner ist dann nicht mehr in der Lage zu erfüllen. Zum mindesten kann er seiner Leistungspflicht nicht mehr ordnungs- und vertragsmäßig nachkommen. Es liegt dann völlige oder teilweise Unmöglichkeit vor, und es fragt sich, ob der Schuldner den Gläubiger irgendwie entschädigen muß oder ob er von seiner Verpflichtung frei wird. (sogen. periculum obligationis). Hier handelt es sich also darum, wer von den Vertragsparteien den Schaden endgültig zu tragen hat, und man kann mit Wolters[11]) das periculum obligationis dem periculum aestimationis gleichsetzen.

Für den Fall, daß der Schuldner die völlige oder teilweise Leistungsunmöglichkeit s c h u l d h a f t herbeigeführt hat, bestimmt bei einseitigen Schuldverhältnissen § 276 BGB., daß der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Für gegenseitige Verträge gibt § 325 BGB. dem Gläubiger das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten oder die für den Fall des § 323 BGB. bestimmten Rechte geltend zu machen.

Trifft den Schuldner aber kein Verschulden, so spricht man von Zufall im juristischen Sinne[12]). Manche[13]) fassen

9) Ebenso Wolters S. 59.

10) Vgl. Staudinger II, 2 (1928) zu § 446 BGB. Bem. I S. 85, Heyer S. 18, Fedden S. 4.

11) Wolters S. 59, ähnl. Heyer S. 18.

12) Ebenso Kisch S. 36 („Mangel der Zurechenbarkeit") Adler ZHB. 72, S. 390 („Alter Sprachgebrauch") Dietrich S. 10/11, Cuno S. 3.

13) Staudinger II,1 (1930) Bem. z. § 323, Lübbe S. 3/4.

allerdings diesen Begriff weiter und verstehen darunter alles, was der Schuldner nicht zu vertreten hat. Wie jedoch aus § 300 Abs. 1 BGB. bei Annahmeverzug des Gläubigers erhellt, braucht hier der Schuldner leichtes Verschulden nicht zu vertreten[14]). Die eben erwähnte Ansicht erscheint daher m. E. wohl nicht zutreffend. Staub[15]), Fedden[16]), Cuno[17]) und Poiger[18]) bezeichnen als Zufall jede von keiner der Vertragsparteien zu vertretende nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung. Das Merkmal der Zufälligkeit richtet sich aber stets nach der Vertragspflicht nur einer Person, und es kann bei gegenseitigen Verträgen, wie § 324 BGB. zeigt, vorkommen, daß dasselbe schädigende Ereignis für den Schuldner der Leistung einen Zufall darstellt, für den Gläubiger dagegen nicht[19]). Auch diese Begriffsbestimmung ist daher im allgemeinen abzulehnen und dürfte nur bei gegenseitigen Verträgen zutreffen.

Das Gesetz kennt nun auch besondere Fälle, in denen der Schuldner Zufall zu vertreten hat, z. B. in §§ 278, 287, 701, 833 BGB. u. a. m.[20]). Hat es aber keine spezielle Regelung getroffen, so greift die Lehre von der Gefahrtragung ein[21]). „Gefahr" ist also jedes den Leistungsgegenstand schädigende Ereignis, dessen Eintreten der Schuldner nicht zu vertreten hat[22]), betrachtet unter dem Gesichtspunkte, ob der Schaden vom Gläubiger oder vom Schuldner zu tragen ist[23]). Beim periculum obligationis ist also die Leistung Gegenstand des schädigenden Ereignisses, beim periculum rei handelt es sich dagegen, wie bereits oben

---

14) Zuerst v. Adler S. 390 herangezogen.
15) Staub 4. Bd. 12—13. Aufl. S. 490
16) Fedden S. 3.
17) Cuno S. 3.
18) Poiger S. 13.
19) Lübbe S. 4.

20) Näheres hierüber Crome 1. Bd. § 110. Ziff. 1; 2. Bd. § 150, Ziff. 2,a; Endemann 1. Bd. S. 646—47.

21) So richtig Schmitz S. 5—6.

22) Da „nicht zu vertretend" als der weitere Begriff auch jedes zufällige schadenbringende Ereignis mitumfaßt ist m. E. Fischer (Jher. Jahrb. Bd. 15 S. 228) zuzustimmen, der es für einen Pleonasmus hält, wenn das BGB. in § 446 BGB. von der Gefahr des zufälligen Unterganges spricht.

23) Aehnl. Endemann Lehrb. 1. Bd. S. 648; Offermann S. 1; Kom. d. RG.-Räte 6. Aufl. II,2 zu § 446, Ziff. I S. 43; Nolte ZHR. Bd. 89, 51.

S. 15 ff. näher ausgeführt, um den Verlust des Eigentums an der Sache. Beide haben daher nichts miteinander gemein und sind scharf von einander zu trennen[24]).

Weiter sind der Leistungsgefahr ihrer Natur nach durch die Entstehung[25]) des Schuldverhältnisses einerseits und durch dessen Erlöschen[26]) andererseits Grenzen gezogen. Darüber hinaus kann es sich immer nur um das periculum rei, nicht das periculum obligationis, die Leistungsgefahr, handeln. Es ist daher m. E. nicht zutreffend, wenn Cuno[27]) meint, vor der Entstehung trage der Schuldner, nach dem Erlöschen der Gläubiger die Gefahr; diese müsse daher vom Schuldner auf den Gläubiger übergehen; dies sei der Zeitpunkt des Gefahrüberganges. Cuno verkennt hier den Unterschied zwischen dem periculum rei und dem periculum obligationis. Erst dann, wenn die Leistungsgefahr nicht schon — wie im römischen Recht beim Kauf — mit Abschluß des Vertrages, sondern erst n a c h Entstehung des Schuldverhältnisses vom Verkäufer zum Käufer wechselt, kann man von einem Gefahrübergang (Uebergang des periculum obligationis) sprechen.

§ 3.

Die Gefahrübertragung bei einseitigen und bei gegenseitigen Schuldverhältnissen.

I. Ueber die Gefahrtragung bei einseitigen Schuldverhältnissen bestimmt § 275 BGB:

„Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird.

Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich".

Hiernach hat also in der Regel der Gläubiger die Gefahr zu tragen, da er vom Schuldner nichts erhält. Mag diesem auch die Sache gehört haben, so erleidet er jedoch keinen Verlust, da er sie sowieso hätte hingeben müs-

24) So richtig Klasen S. 13, Wolters S. 60, unrichtig dagegen Fedden S. 4.

25) Wismeyer S. 1.

26) Ebenso Düringer-Hachenburg 3. Bd. (1913) S. 76; Fedden S. 8.

27) Cuno S. 4 und ähnl. wie Cuno Fedden S. 4.

sen. Der Gesetzgeber hält es mit Recht nicht für billig, den Schuldner für ein zufälliges Scheitern des versprochenen Leistungserfolges haften zu lassen. Ausnahmen kennt das BGB. nur im § 287 BGB. beim Leistungsverzug des Schuldners und in § 279 BGB. bei Gattungsschulden. In diesen Fällen wird der Schuldner von seiner Leistungspflicht nicht befreit. Er trägt also die Gefahr.

II. Bei gegenseitigen Schuldverhältnissen kommt die Besonderheit hinzu, daß jede der Vertragsparteien zugleich Schuldner und Gläubiger ist. Es handelt sich hier um zwei Leistungen. Jedoch kann es auch hier nur eine Gefahr geben. Wie schon oben S. 17 dargelegt, ist die Gefahr jedes den Leistungsgegenstand schädigende Ereignis, dessen Eintreten der Schuldner nicht zu vertreten hat, betrachtet unter dem Gesichtspunkte, ob der Verlust vom Gläubiger oder vom Schuldner zu tragen ist. Der Schaden kann nur einen von beiden treffen. Demgemäß kann man auch nur von einer Gefahr sprechen. Den Schuldner trifft die Gefahr, wenn er zwar seinerseits befreit wird, aber auch vom Gläubiger keine Gegenleistung fordern kann. Der Gläubiger trägt die Gefahr, wenn er sich mit der verschlechterten Leistung begnügen muß oder bei Untergang der Sache keinen Anspruch gegen den Schuldner hat und trotzdem seinerseits leisten muß. Die Gefahrtragung wirkt sich also in dem Schicksal der Gegenleistung aus[1]), während es sich bei einseitigen Schuldverhältnissen lediglich darum handelt, ob der Schuldner von seiner Leistung befreit wird oder nicht. Wegen dieser verschiedenen Auswirkung der Gefahrtragung ist wiederholt versucht worden, durch Zusätze den jeweiligen Sinn des unklaren Begriffs festzulegen. Die Gefahr bei geenseitigen Verträgen wird bezeichnet von Wüstendörfer[2]) als „Vergütungs- oder Preisgefahr", von v. Tuhr als „Gefahr des Kaufpreises"[3]) und von Nolte[4]) als „Gefahr der Gegenleistung", während für die Gefahr bei einseitigen Schuldverhältnissen von Tuhr[5]) den Ausdruck „Gefahr der Sache", Wüstendörfer und Nolte den Begriff der „Leistungsgefahr" geprägt haben. Es erscheint m. E. empfehlenswert,

1) Vergl. Planck II,2 (1928) zu § 446 BGB. Bem. 2 a, α S. 674.
2) Wüstendörfer, Hanseatische Rechtszeitschrift zit. von Rühl S. 197.
3) Von Tuhr, Allgem. Teil der Schweizer Obl. Rechts S. 50.
4) Nolte, ZHR. Bd. S. 51 ff.
5) Von Tuhr a. a. O.

die von Nolte getroffene Unterscheidung in Leistungs- und Gegenleistungsgefahr zu gebrauchen, da diese Begriffe wegen ihrer Klarheit und Allgemeingültigkeit für alle gegenseitigen Verträge verwendet werden können.

Weiter muß man sich darüber klar sein, daß bei gegenseitigen Verträgen von Gefahr nur gesprochen werden kann, wenn keine der Vertragsparteien den Eintritt des schädigenden Ereignisses und damit die teilweise oder völlige Unmölichkeit der Leistung zu vertreten hat. Bei einseitigen Schuldverhältnissen ist dies für Schuldner bereits oben S. 18 näher ausgeführt. Bei gegenseitigen Verträgen gilt dies auch für den Gläubiger, der hier zugleich als Schuldner auftritt[6]). Bei der positiv-rechtlichen Gefahr-Regelung bei gegenseitigen Verträgen geht daher § 323 BGB. davon aus, daß die dem einen Teil obliegenden Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den weder der eine noch der andere Teil zu vertreten hat, und knüpft daran die Folge, daß er den Anspruch auf die Gegenleistung verliert und sich bei teilweiser Unmöglichkeit eine entsprechende Minderung der Gegenleistung gefallen lassen muß. Der Schuldner trägt also allein die Gefahr und zwar in der Regel grundsätzlich bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrages.

§ 4.

Die Gefahrtragung beim Kauf im römischen Recht.

Die älteste Form des Kaufs im römischen Recht war die mancipatio[1]). Bei ihr waren die Hingabe des Kaufpreises und die Uebergabe der Kaufsache wesentliche Erfordernisse des Kaufs selbst. Der Abschluß und die Erfüllung fielen

6) Wenn Schmitz S. 5 ausführt: „Nur dieser Gefahrbegriff im engeren Sinne ist gemeint, wenn das BGB. bei gegenseitigen Verträgen von Gefahr spricht", so ist dies insofern nicht ganz richtig, als es sich hier nicht um einen neuen von dem gewöhnlichen abweichenden Gefahrbegriff handelt. Vielmehr ergibt sich der Begriff der Gefahr bei gegenseitigen Verträgen lediglich aus der Anwendung der gewöhnlichen Begriffsbestimmung unter Berücksichtigung der Eigenart gegenseitiger Schuldverhältnisse, bei denen beide Parteien als Schuldner und Gläubiger zugleich erscheinen. — Das gleiche gilt für Staudinger II,1 (1930) Vorbem. A II,1 a. a. γ. S. 261 („Zufall im engsten Sinne") und für Lübbe („reiner Zufall"), ganz abgesehen davon, daß hier der Begriff „Zufall" zu eng ist, da er nur unverschuldete, nicht auch nicht zu vertretende Umstände umfaßt (vergl. oben S. 16, 17)

1) Vergl. zu den allgemeinen Erörterungen die Lehrbücher des römischen Rechts.

daher zeitlich zusammen. Es gab also noch kein periculum obligationis.

Erst als im klassischen Recht der Kauf Consensual-Contrakt wurde und mit der Einigung über die Ware und den Preis als abgeschlossen galt und die Erfüllung, die Uebergabe der Sache, auch später erfolgen durfte, erhob sich die Frage, wer das periculum obligationis zu tragen hatte. Es galt nun die Regel[2]): periculum est emtoris. Der Käufer trug also die Gegenleistungsgefahr, d. h. er mußte auch dann den Kaufpreis zahlen, wenn er die Sache von dem Verkäufer wegen eines zufällig eintretenden schädigenden Ereignisses nicht erhalten konnte. Die Institutionen, die als Lehrbuch die allgemeinen Grundsätze besonders scharf herausheben wollen, betonen in § 3 I de empt. et vend. 3, 23 ausdrücklich, daß der bindende Vertragsschluß die Gefahr übergehen läßt:

„Cum autem emptio venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur): periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit . . . emptoris damnum est . . .".

Erwähnt seien noch als Beleg für den Grundsatz „periculum est emptoris" IX § 12 D quod vi 43, 24. In neuerer Zeit hat allerdings Puntschart[3]) versucht, die Gültigkeit der erwähnten Gefahrtragungsregel zu widerlegen, und hat sich dabei auf einige wenige Stellen in den Quellen[4]) berufen. Ueber deren Bedeutung herrscht noch heute ein aussichtsloser Streit[5]). Jedoch sind sich die hervorragendsten gemeinrechtlichen Schriftsteller und die bei weitem überwiegende Mehrheit darüber einig, daß diese an Zahl geringen Stellen die vielen und scharf formulierten Quellenzitate, die das periculum obligationis dem Käufer aufbürden, nicht zu entkräften vermögen[6]).

2) Abgesehen von den Ausnahmen beim Genuskauf, beim suspensiv bedingten, beim beschränkt — generischen Kauf und beim Spezieskauf mit Quantitätspreis. Näh. s. die Pandekten-Lehrbücher.

3) Puntschart, die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts, S. 38 ff., s. 217—18.

4) z. B. 1 33 D locat. 19,2 und 1 13/15 D de peric. 18,6.

5) Vergl. hierzu die Pandektenlehrbücher.

6) Hofmann S. 5, Wächter im Arch. zif. Praxis Bd. 15 S. 191, Windscheid-Kipp 2. Bd. (1906) S. 660, Dernburg Pandekten 2. Aufl. 2. Bd. S. 257, Endemann 9. Aufl. 1. Bd. zu § 159 a. Bemerk. 3, Anmerk. 20 S. 946.

Wie unten S. 24 ff. dargelegt werden wird, hat das BGB. mit dem Grundsatz „periculum est emporis“ gebrochen. Auf die römisch-rechtliche Lehre von der Gefahrtragung wird daher hier im einzelnen nicht eingegangen, da es zu weit vom Thema abführen würde.

§ 5.

Die Gefahrtragung nach deutschem Recht und dem Preußischen Allgemeinen Landrecht.

I. Wie bei den Römern und wohl überhaupt bei allen Völkern war auch bei den Germanen die älteste Form des Kaufs der Barkauf[1]). Hier wurden die Leistungen Zug um Zug bewirkt. Bei der altdeutschen sala gab es daher ebensowenig wie bei der mancipatio des alten römischen Rechts ein periculum obligationis. Später, insbesondere seit der Zeit der Volksrechte[2]), entwickelte sich neben dem dinglichen der obligatorische Vertrag[3]). Dieser hatte jedoch anfangs nur eine schwache Wirkung und war für die Parteien solange widerruflich, bis er mindestens von einer Seite erfüllt oder durch wadium oder eine Urkunde oder Handschlag bestärkt war[4]).

Da die Erfüllung eines über eine Sache abgeschlossenen Kaufvertrages durch Uebertragung der Gewere erfolgte und der Vertrag bis dahin widerruflich war[5]), ließ man die Gefahr erst mit der Uebergabe auf den Käufer übergehen und behielt diese Regelung auch später infolge Gewöhnung bei[6]). Bestritten ist allerdings, ob die Uebergabe eigentumsübertragende Wirkung haben mußte oder ob die Verschaffung der tatsächlichen Herrschaft genügte. Nach der herrschenden Lehre läßt der reine Besitzwechsel die Gefahr auf den Käufer übergehen[7]). Dem steht nicht entgegen, daß Stobbe (Vertragsrecht S. 278/79) den Satz aufstellt: „Der Eigentümer trägt die Gefahr“.

1) Stobbe, Handb. 3. Bd. S. 297, Heusler 2. Bd. S. 253.
2) v. Gierke III S. 435.
3) v. Gierke a. a. O.
4) Stobbe-Lehmann 3. Bd. S. 110, 111, S. 297.
5) Stobbe Vertragsrecht S. 277; Hofmann S. 30.
6) v. Gierke, 3. Bd. S. 446, Stobbe, Vertragsrecht S. 277 ff., insbes. 279; Laband, Vermögensrechtliche Klagen S. 453 ff.
7) Stobbe, Vertragsrecht a. a. O., v. Gierke 3. Bd. § 192 IV. S. 446 ff.; Hübner § 83 S. 581; a. A. Puntschart S. 373 ff. Wiener Stadtrecht (Schuster) Art. 70.

Wie aus seinem Vertragsrecht a. a. O., aus seinem Handbuch § 184 Ziffer 5 S. 243 und 303 erhellt, hatte er dabei nur den Regelfall im Auge, daß mit der Uebergabe zugleich das Eigentum übergeht. Die von Stobbe zitierten Quellen sprechen nirgends von eigentumsverschaffender, sondern nur von tatsächlicher Uebergabe[8]).

Die Verknüpfung des Gefahr-Ueberganges mit der Uebergabe galt jedoch uneingeschränkt nur für den Kauf von Mobilien vor der Rezeption.

Bei Immobilien ging die Gefahr mit der Auflassung über[9]). Jedoch kann, wie einzelne Quellenstellen ergeben, auch der reine tatsächliche Besitzwechsel als Zeitpunkt für den Gefahrübergang in Betracht kommen[10]). Mit dem Eindringen des römischen Rechts trat die alte deutsche Rechtsauffassung, daß die Gefahr erst mit der Uebergabe übergehe, teilweise in den Hintergrund[11]). In verschiedenen Kodifikationen bürdete man die Gefahr bereits mit dem Abschluß des Kaufvertrages dem Käufer auf. Dem römischen Recht schlossen sich ferner die ersten Gesetzbücher einzelner Länder an, so z. B. der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis Teil IV, Kapitel 3, § 11, das Württemberger Landrecht v. 1610 II, 9, 24. und 26. Absatz („Vom Schaden und Nutzen verkauften Gutes") und das BGB. für Sachsen §§ 1091, 866, 869, 1013.

Die römisch-rechtliche Auffassung hat jedoch im Volksbewußtsein nie Fuß zu fassen vermocht. Richtig behauptet Stobbe[12]), die deutsch-rechtliche Gefahrregelung „ist eine so fest im deutschen Volke wurzelnde Auffassung, daß jeder Nicht-Jurist ganz ebenso entscheidet, wie seine Vorfahren vor einem Jahrtausend". Vergebens versuchten einzelne die römische Lehre von der Gefahrtragung zu rechtfertigen[13]). Sie widersprach den Erfordernissen des Verkehrs und bot der Praxis manche Schwierigkeiten, da zugleich

8) Ebenso Wismeyer S. 26.

9) Alt-Prager Stadtrecht (Rößler) n 70.

10) Hamburger Statuta Part II, Tit. 8, Art. 13; Stobbe, Die Auflassung in Jher. Jahrb. Bd. 12, S. 137 ff., 241. Stobbe Handb. 3. Bd. S. 243, 303, Otto v. Gierke 3. Bd. S. 446.

11) Frankfurter Reformation 2. Teil, 2. Tit. § 7; Hamb. Statuta Part II Tit. 8, Art. 13 (f. Mobilien); Schwabenspiegel 229; Trierer Landrecht Tit. 18 § 3.

12) Stobbe, Vertragsrecht S. 279.

13) Windscheid. 2. Bd. S. 660, Ihering in Ihr. Jahrb. 3. Bd. S. 464 und die Pandekten-Lehrbücher.

mit der Gefahr die Nutzungen übergingen und hieraus Streitigkeiten erwachsen konnten.

II. Das ALR. hat daher bewußt mit der römisch-rechtlichen Regelung der Gefahrtragung gebrochen. Im § 95 Teil I Tit. 11 heißt es: „Solange der Verkäufer dem Käufer die Sache noch nicht übergeben hat, bleibt bei allen freiwilligen Verkäufen, wenn sie nicht in Pausch und Bogen geschlossen oder sonst ein anderes ausdrücklich verabredet worden, Gefahr und Schaden dem Verkäufer". Das ALR. hat sich also, wenn auch unbewußt, dem deutsch-rechtlichen Gefahrenverteilungs-Prinzip zugewandt. Maßgebend war hierfür der Widerspruch der römischen Gefahrenlehre mit dem Grundsatz „casum sentit dominus", ferner ihre Schwierigkeiten in der Praxis, wie schon oben S. 23 erörtert, und vor allem, weil es unbillig erschien, dem Käufer die Gefahr aufzubürden, obwohl er, solange noch der Verkäufer die Sache im Besitz hatte, gegen irgendwelche schadenbringende Ereignisse keine Vorkehrungen treffen konnte und keine Ueberwachungsmöglichkeit hatte[14]).

Auch für das preußische Recht war es bestritten, ob der Gefahrübergang an die rein tatsächliche oder nur an die eigentumsübertragende Uebergabe geknüpft war. Für letztere Ansicht sprach die Tatsache, daß man nach Suarez die Gefahr entsprend dem Grundsatz „casum sentit dominus" dem Eigentümer aufbürden wollte. Andererseits hatten aber zu der getroffenen Regelung auch noch andere Gründe geführt, insbesondere die Erwägung, daß der Käufer erst mit der Uebergabe eine Ueberwachungsmöglichkeit hat. Die ganze Frage wurde von besonderer praktischer Bedeutung, als nach § 1 des Gesetzes v. 5. 5. 72 für den Eigentumserwerb an Grundstücken die Auflassung eingeführt und und die Uebergabe überflüssig wurde. Nach Dernburg[15]) sollte entsprechend dem Grundsatz „casum sentit dominus" der Eigentumserwerb, die Auflassung, zugleich den Gefahrübergang nach sich ziehen. Anders die Rechtssprechung[16]): Sie erkannte wohl an, daß der Gesetzgeber davon ausgegangen war, daß der Eigentümer die Gefahr tragen solle. Da dies jedoch nur einer der Gründe war, die zur gesetz-

14) Suarez, Jahrbuch für die preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung Heft 81 S. 16—18.

15) Dernburg, Preuß. Privatrecht 2. Bd. S. 362.

16) Gruch, Beitr. Bd. 23, S. 916/17. (Obertribunal), RGZ. Bd. 7, S. 241, Koch, Kom. z. A.L.R. S. 739/40.

lichen Regelung geführt hatten, die übrigen auch weiterhin Geltung beanspruchten und eine ausdrückliche Aufhebung des § 95 Teil I Tit. 11 ALR. nicht erfolgt war, ließ man die Gefahr auch weiterhin mit der Uebergabe auf den Käufer übergehen.

Förster-Eccius[17]) vertrat eine vermittelnde Ansicht, wonach bei Grundstücken sowohl die Auflassung, wie die Uebregabe den Gefahrübergang nach sich ziehen sollte. Sie hatte allerdings damals keine Stütze im Gesetz, fand aber später im BGB. § 446 Aufnahme.

§ 6.

Allgemeines über den Gefahrübergang beim Kauf nach BGB.

Die Grundsätze des Gefahrüberganges im BGB. knüpfen rechtsgeschichtlich an die Regelung des Preuß. Allgem. Landrechts v. 1794 an mit den durch das Eigentumserwerbsgesetz von 1872 eingeleiteten und durch die Praxis fortgebildeten Aenderungen. Es mag schon hier betont werden, daß demnach der Grundsatz „casum sentit dominus" für die Gefahrregelung im BGB. keine Bedeutung haben kann[1]).

Man ging im Gegensatz zum römischen Recht davon aus, daß es in der Tat „der Natur der vertragsmäßigen, gegenseitigen Verbindlichkeiten widerspreche, daß ungeachtet des Wegfalls der einen die andere ohne Gegenleistung fortbestehen solle"[2]). Ferner hoffte man die zahlreichen Streitfragen, die die römisch-rechtliche Gefahrregelung mit sich gebracht hatte, durch Anwendung des deutschrechtlichen Grundsatzes lösen und vermeiden zu können. Dies ist allerdings, wie unten gezeigt werden wird, nicht gelungen, da neue stark umstrittene Fragen aufgetaucht sind.

Im einzelnen ist beim Gefahrübergang beim Kauf zu beachten, daß der Kauf ein gegenseitiger Vertrag ist. Für ihn gelten daher auch die für die Gefahr bei gegenseitigen Schuldverhältnissen entwickelten Grundsätze (oben S. 19 ff.). Es handelt sich also hierbei immer nur um die sogenannte Gefahr der Gegenleistung. Als Besonderheit kommt noch hinzu, daß es sich bei der Leistung des Käufers auf Zah-

17) Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht Bd. 1 (1896) S. 741.

1) Vergl. hierzu Motive 2 S. 323 Anmerk. 1; Dernburg II,2 (3. Aufl.), § 174 II; Wolters S. 88, Endemann I § 159 a S. 949; Pudor JW 05,66.

2) Motive 2. Bd. S. 206.

lung des immer in Geld bestehenden Kaufpreises um eine Gattungsschuld handelt. Nur die Leistung des Verkäufers, die Lieferung der Sache, kann durch irgendwelche zufälligen Umstände ganz oder teilweise unmöglich werden. Die Gefahrenverteilung zeigt sich daher — nach den oben S. 19 ff. entwickelten Grundsätzen — immer darin, ob der Käufer zur Gegenleistung, zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet ist oder nicht.

Das BGB. hat nun im § 446 für den Kauf von Sachen besondere Gefahrsnormen geschaffen. Dort heißt es:

„Mit der Uebergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Von der Uebergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen und trägt er die Lasten der Sache.

Wird der Käufer eines Grundstückes vor der Uebergabe als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen, so treten diese Wirkungen mit der Eintragung ein."

§ 7.

Bestimmung der einzelnen im § 446 BGB. verwendeten Begriffe.

§ 446 regelt nur den Zeitpunkt, nicht aber die Wirkung des Gefahrüberganges. Insoweit greift daher hier der für alle gegenseitigen Verträge und damit auch für den Kauf geltende § 323 BGB. durch[1]).

Weiter behandelt § 446 BGB. nur die Gefahr des „zufälligen Unterganges" und der „zufälligen Verschlechterung" der Sache. Wären hierunter lediglich die Fälle teilweiser oder völliger Unmöglichkeit gemeint, so hätte sich das Gesetz doch offenbar dieser Ausdrücke bedient wie im § 323 BGB. Es scheint daher diese Begriffe im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs als körperlichen Untergang oder Verschlechterung verwendet zu haben[2]). Hierfür spricht auch der in den Motiven II 23 betonte gesetzgeberische Grund, daß der die Gefahr tragen solle,

1) Kom. der RG.-Räte II,2 1928 zu § 446 Bemerk. 3.

2) Staudinger II, 2 (1928 zu § 446 Bemerk. 1,2,b; Endemann Bd. 1 S. 948 Anmerk. 26; Fedden S. 10, Lübbe S. 2, RG-Räte Kom. II,2 (1928) zu § 446 Bemerk. III, OLG. Hamburg in Rspr. OLG. 39, 141

der die Möglichkeit hat, die Sache zu überwachen. [3]Eine diesbezügliche Vorsorge ist aber in der Regel nur denkbar in den Fällen der Gefahr, welche die körperliche Verschlechterung oder den körperlichen Untergang der Sache herbeizuführen geeignet sind[3]). Wird die Leistung des Verkäufers etwa völlig oder teilweise unmöglich, weil die Sache enteignet worden ist, so greift nicht § 446, sondern § 323 BGB. ein.

Nicht unerwähnt sei noch, daß die durch das zufällige Ereignis herbeigeführte körperliche Veränderung der Sache im Sinne der Gefahrtragung nur von Bedeutung ist, wenn sie nicht ganz unerheblich ist[4]).

Wie ferner schon oben S. 16 ff. näher ausgeführt, handelt es sich bei der Gefahrtragung und daher auch in § 446 BGB. immer nur um nachträgliche subjektive oder objektive Unmöglichkeit. Dies ergibt sich auch schon aus dem Begriff des periculum obligationis, das voraussetzt, daß ein Schuldverhältnis bereits besteht. Es wird daher die Haftung des Verkäufers für bereits bei Vertragsschluß vorliegende objektive oder subjektive Unmöglichkeit nicht berührt. Es gelten hier vielmehr die allgemeinen Grundsätze. Bei ursprünglich objektiver Leistungsunmöglichkeit kommen die §§ 306 ff. BGB. zur Anwendung. Bei ursprünglichem Unvermögen haftet der Verkäufer in vollem Umfange, so z. B., wenn nur er nicht in der Lage ist, dem Käufer das Eigentum zu verschaffen. Hier stehen dem Käufer alle Rechte aus §§ 440, 320 ff. BGB. zu[5]).

Außerordentlich bestritten ist es, was unter „Uebergabe" im Sinne des § 446 BGB. zu verstehen ist. Zusammenfassend kann man feststellen, daß hinsichtlich des Ergebnisses in der Hauptsache drei Meinungen vertreten werden, soweit nicht überhaupt auf ein allgemeines Prinzip verzichtet wird. Im folgenden soll nun eine eingehende Darstellung der einzelnen Ansichten und eine Kritik derselben gegeben werden, da, wie unten aus der Erörterung erhellen wird, die Stellungnahme zu einigen dieser Theorien zugleich das zum Gegenstand der Abhandlung gemachte Problem eng berührt.

3) Vergl. Fedden S. 10.
4) Crome 2. Bd. S. 415, Berndt S. 9—10, Dernburg II, 2 § 174 VIII.
5) Vergl. hierzu die Kommentare.

§ 8.

Auslegung des Begriffs der Uebergabe im Sinne des § 446 BGB.

I. In den meisten Fällen wird bei Mobilien zugleich mit der Uebergabe das Eigentum an der Sache übertragen. Damit erlischt in der Regel das Schuldverhältnis, und die Frage nach dem periculum obligationis taucht dann überhaupt nicht auf. Soweit dies jedoch im einzelnen Falle nicht zutrifft, ist es streitig, ob die Gefahr mit der reinen Uebergabe oder nur dann übergeht, wenn auch die Sache zugleich übereignet wird.

Nach der einen Lehre bedeutet Uebergabe im Sinne des § 446 BGB. nichts anderes als Eigentumsübertragung (Eigentums-Theorie genannt).

Titze[1]) stützt sich dabei auf die Motive II. Bd. zu § 368 (jetzt § 323 BGB.), S. 205. Dort heißt es: „Die Vorschrift — (§§ 368 bzw. 323) — des ersten Absatzes beruht auf dem von dem Entwurf angenommenen Grundsatze, daß bei allen gegenseitigen Verträgen der Schuldner bis zur Erfüllung die Gefahr zu tragen habe. In § 364 — (jetzt § 446) — ist das Prinzip für den Kaufvertrag besonders ausgesprochen." Hiervon ausgehend, kommt Titze[2]) zu dem Schluß, daß § 446 BGB. nur insoweit Geltung beanspruche, „als der Verkäufer mit der Uebergabe die ihm aus dem Kaufgeschäft erwachsenen Verpflichtungen wirklich erfüllt hat". Er läßt also die Gefahr dann nicht auf den Käufer übergehen, wenn die Uebergabe kein Eigentum verschafft oder wenn die Sache mangelhaft ist. Er glaubt eine Bestätigung seiner Ansicht in § 467 BGB. in Verbindung mit § 350 BGB. zu finden, wo ein zufälliger Untergang der Sache den Wandlungsanspruch nicht ausschließt, wo also trotz Uebergabe der Sache der Käufer einen Wandlungsanspruch hat.

Andererseits läßt Titze die Gefahr immer dann auf den Käufer übergehen, wenn dieser auch ohne Uebergabe Eigentümer geworden ist[3]). Dies gilt also insbesondere

1) Titze, Unmöglichkeit der Leistung, S. 255 ff.
2) Titze, a. a. O. S. 256 Anm. 2.
3) Vergl. auch Titze, Recht der Schuldverhältnisse in Enzyklop. 3. Aufl. S. 94.

für die hier interessierenden Fälle der sogenannten Ersatzübergabe (§§ 930, 931 BGB.)[4]).

Mit ähnlicher Begründung kommen zu dem gleichen Ergebnis Dietrich[5]), Lazarus[6]) und Poiger[7]). Dieser findet darin einen Ansporn für den Verkäufer, das Eigentum auf den Käufer zu übertragen. Dem muß jedoch entgegengehalten werden, daß das Recht nicht Selbstzweck ist, dem sich die Wirtschaft unterwerfen muß, vielmehr muß sich das Recht den Bedürfnissen des Verkehrs anzupassen versuchen.

Auch die Praxis hat sich zum Teil zu der von Titze vertretenen Ansicht bekannt bei der Frage, wann beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt die Gefahr auf den Käufer übergeht. RG. 2. ZS. Urt. v. 4. 10. 1907 RGZ. Bd. 66, S. 347; 5. ZS. Urt. v. 28. 2. 07 RGZ. Bd. 65, S. 247; 7, ZS. Urt. v. 12. 10. 06 RGZ. Bd. 64, S. 337; 1. ZS. Urt: v: 20. 10. 06 RGZ. Bd. 64, S. 204; OLG. Colmar 1. ZS. Urt. v. 22. 3. 1912 Rsp. der OLG. Bd. 24, S. 321. Diese Entscheidung weicht ausdrücklich von einer früheren (OLG. Rsp. Bd. 8, S. 445) ab, in der es allein die Verschaffung der tatsächlichen Herrschaft als Zeitpunkt des Gefahrüberganges anerkannte, und fügt noch hinzu, es sei unbillig, dem Eigentümer, der die volle rechtliche Verfügungsmacht über die Sache habe, von der Gefahr zu befreien.

Es ist jedoch meines Erachtens nicht zutreffend, daß § 446 BGB. lediglich eine Wiederholung des § 323 BGB. enthält[8]). Soweit sich die Motive (2. Bd., S. 205) in diesem Sinne ausgesprochen haben, haben sie offenbar nur an den Regelfall gedacht[9]). An anderer Stelle (Motive Bd. 2. S. 323, 24) ist nämlich hervorgehoben, daß „der Uebergang der Gefahr augenscheinlich keineswegs von der Erfüllung a l l e r dem Verkäufer obliegenden Verpflichtungen abhängig gemacht werden kann". Dies war offenbar der richtige Gedanke, der den Gesetzgeber dazu führte, die Gefahr schon mit der Uebergabe auf den Käufer übergehen

3) Vergl. u. S. 40.
5) Dietrich S. 14.
6) Lazarus § 72.
7) Poiger S. 29, 31, 32.
8) Oertmann in Ehrenbergs Hdb. S. 428, Planck II,2 (1928) zu § 446 Bem. 2, γ, RG.-Räte Kom. II,2 (1929) zu § 446 S. 43. Vergl. auch unten S. 35 ff.
9) Kluckhohn S. 141.

zu lassen[10]). Unterstützt wird diese Ansicht durch die im § 446 Abs. II BGB. für Grundstücke gegebene Bestimmung, wo ganz deutlich ausgesprochen ist, daß die Erfüllung einer der im § 433 BGB. dem Verkäufer auferlegten Verpflichtungen, die Uebergabe oder die Auflassung, genügt. Bei dem engen inneren Zusammenhang der beiden Vorschriften, kann der Begriff der Uebergabe in Abs. I nur in dem gleichen Sinne gebraucht sein, wie in Abs. II des § 446 BGB.[11]). Eccius[12]) meint zwar, die für Grundstücke getroffene Gefahrregelung sei durch die besonderen Verhältnisse im Grundbuchverkehr bedingt; es dauere oft längere Zeit, ehe der Eigentümer eines Grundstückes Legitimationsmängel oder etwa eingetragene Beschränkungen, deren Löschung erforderlich sei, aber Schwierigkeiten begegne, beseitigen könne. Dem muß aber entgegengehalten werden, daß auch im Mobiliarverkehr recht verwickelte Verhältnisse vorliegen können. Es darf daher im Abs. I des § 446 BGB., wo allein von Uebergabe die Rede ist, nicht mehr hineininterpretiert werden, als der Gesetzgeber selbst gewollt hat[13]). Müßte man unter Uebergabe die Verschaffung des Eigentums verstehen, so ist nicht verständlich, weshalb nicht das Gesetz statt Uebergabe einfach Uebereignung gesagt hat[14]).

Die Eigentumstheorie führt auch zu unhaltbaren Ergebnissen: Wie Titze[15]) unter anderem hervorhebt, soll die Gefahr nur dann auf den Käufer übergehen, wenn die verkaufte Sache mangelfrei ist. §§ 459 ff. BGB. setzen aber gerade voraus, daß der Gefahrübergang schon stattgefunden hat, auch wenn die Sache mit Mängeln behaftet ist[16]). Weiter ist zwar richtig, daß der Wandlungsanspruch

10) Düringer-Hachenburg 3. Bd. S. 75; Planck II,2 (1928) zu § 446 Bemerk. 2,b,α; Endemann 1. Bd. § 159 a S. 946 u. 950; Müller-Erzbach Arch. Zif. Prax. Bd. 106 S. 415; Klasen S. 13; Wolters S. 64 ff., Staudinger II,2 (1928) zu § 446 Bem. 1 RG.-Räte Kom. II,2 (1928) Bem. 1 § 446 Dernburg, II,2 S. 25 RG. in L.Z. 1915 Sp. 117.

11) O. v. Gierke 3. Bd. § 192 IV S. 448 RG.-Räte Kom. II,2 (1928) zu § 446 Bem. 4; Heyer S. 23, 24.

12) Eccius S. 883.

13) RG. in RGZ. Bd. 85 S. 322; Endemann, I (1903) S. 954 Anmerk. 47.

14) Heyer S. 29. Weitere Argumente gegen die Eigentumstheorie unten S. 36 ff.

15) Titze, Unmöglichkeit S. 256.

16) So richtig, Wismeyer S. 36 ff. m. eingehender Widerlegung der von Titze vertr. Ansicht.

durch den zufälligen Untergang der Sache nicht berührt wird (§§ 467, 350 BGB.). Bereits im römischen Recht war dies ein bekannter Rechtssatz (vgl. 1, 31, § 11; 1 38, § 3 D de aed. ed. 21, 1). Den §§ 459 ff. u. 446 BGB. liegen auch zwei voneinander ganz verschiedene Tatbestände zugrunde. §§ 459/67 BGB. regeln den Fall, daß die Sache bereits vor dem Gefahrübergang mangelhaft war, während § 446 BGB. die Frage entscheidet, wer den Schaden einer nach diesem Zeitpunkt eintretenden Verschlechterung pp. der Sache zu tragen hat[17]). Der Käufer könnte nie Wandlung verlangen wegen eines Mangels, den er nach den Vorschriften über die Gefahrtragung zu tragen hat. Wenn nun ausnahmsweise diese beiden Fälle bei einem Rechtsgeschäft gegeben sind, so hebt allerdings der Wandlungsanspruch des § 467 BGB. die Wirkung des Gefahrüberganges auf. Man darf jedoch nicht allgemein behaupten, die Gefahr gehe nur bei völliger Erfüllung auf den Käufer über, wenn in Ausnahmefällen, bei mangelhafter Leistung, die Wirkung des Gefahrüberganges durch den Wandlungsanspruch überschattet wird[18]).

Die von Titze angenommene eigentümliche Abhängigkeit des Gefahrenüberganges von der Sachmängelhaftung führt, wie Wismeyer[19]) als erster eingehend dargelegt hat, schließlich dazu, daß in Fällen, in denen der Käufer trotz Mangelhaftigkeit der Sache keinen Wandlungsanspruch hat (§§ 460, 464 BGB.) oder diesen nicht rechtzeitig geltend macht (§ 466 BGB.), dem Käufer Gewährleistungs-Ansprüche nicht zustehen, oder der Verkäufer die Gefahr für immer tragen muß, je nachdem, ob man § 459 BGB. dahin auslegt, daß erst mit dem Gefahrübergang die Haftung entsteht oder die bereits bestehende begrenzt wird[20]).

Da ferner die Nutzungen einer verkauften Sache dem Käufer erst mit dem Gefahrübergang zustehen, könnte der Verkäufer einer mangelhaften Sache noch nach Jahren die Nutzungen herausverlangen, weil die Sache mangelhaft war, und die Gefahr daher nicht übergehen konnte[21]). Diese Ergebnisse machen die von Titze vertretene Ansicht unannehmbar.

17) So richtig Heyer S. 32, Wismeyer a. a. O.
18) Wismeyer S. 36.
19) Wismeyer a. a. O.
20) Vergl. hierzu Staudinger 9. Aufl. II, 2 Bemerk. III,3 zu § 49.
21) Wismeyer S. 37.

Soweit Titze die Gefahr nicht übergehen läßt, wenn die Uebergabe nicht geeignet ist, das Eigentum zu übertragen, nähert er sich hierin Oertmann[22]) und Dietrich[23]). Diese gelangen zu dem gleichen Ergebnis aus der Erwägung heraus, daß in den Fällen, in denen der Verkäufer kein Eigentum oder nur mängelhaftes verschaffen kann, nach §§ 440 Abs. 1 und Abs. 2, 323 BGB. auch dann anwendbar und der Käufer sogar berechtigt ist, Schadensersatz zu verlangen, wenn die Sache untergegangen ist. Beiden, Oertmann wie Dietrich, erscheint es ebenso, wie bereits oben näher ausgeführt, Titze mit Rücksicht auf die Rechte des Verkäufers aus den Gewährleistungsvorschriften, widerspruchsvoll, daß einerseits der Käufer die Gefahr von der Uebergabe an tragen, er andererseits aber berechtigt sein soll, ohne Rücksicht hierauf seine eigene Leistung zu verweigern. Ihnen kann zunächst alles entgegengehalten werden, was oben S. 29 ff. bereits gegen Titze vorgebracht worden ist. Der Verkäufer verliert ferner seinen Kaufpreisanspruch nicht deshalb, weil die Sache untergegangen ist, sondern weil er seiner Verkäuferpflicht zur Uebereignung der Sache nicht nachgekommen ist. Dieser Schaden hat mit der Gefahrtragung nichts zu tun.

Im übrigen hat Adler[24]) überzeugend nachgewiesen, daß Oertmann von einer falschen Voraussetzung ausgeht, wenn er meint, nach § 440 BGB. könne ein Käufer, auch wenn die Sache nach erfolgter Uebergabe untergegangen sei, Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung überhaupt geltend machen:

Der Zusatz „oder wenn die Sache untergegangen ist" war ursprünglich in der Fassung des jetzigen § 440 BGB. nicht enthalten und ist erst später von der dritten Kommission dem Absatz II hinzugefügt worden[25]). Wie die Protokolle zum BGB.[26]) mitteilen, zog man in Erwägung, dem Käufer auch nach der Uebergabe und nach dem Untergang der verkauften Sache einen Schadenersatzanspruch gegen den Verkäufer zuzusprechen für den Vermögensnachteil, der ihm daraus erwächst, daß ihm von dem Verkäufer nicht das volle Recht gewährt wird. Man wollte also dem Käufer die Schadensersatzansprüche wegen Nicht-

22) Oertmann, Kommentar II, 2 (1929) zu § 446, S. 557.
23) Dietrich, S. 13 am Ende und S. 14.
24) Adler, ZHR Bd. 72, S. 306 ff.
25) Adler a. a. O. S. 406.
26) Protokolle 8438—9.

erfüllung nicht ganz allgemein, sondern für den Fall zubilligen, daß er wegen des mangelnden Rechts einen Nachteil erlitten hat, z. B. wenn ihm wegen des mangelnden Eigentums Nutzungen[27]) oder vielleicht Ersatzansprüche gegen einen Dritten entgangen sind. Dies wäre z. B. dann der Fall, wenn der Verkäufer, ohne imstande zu sein, lastenfreies Eigentum zu verschaffen, die verkaufte Sache dem Käufer übergibt und später ein Dritter schuldhaft eine Verschlechterung oder den Untergang der Sache herbeiführt. In solchen und ähnlichen Fällen erscheint es nur gerecht und billig, daß der Verkäufer den Schaden zu ersetzen hat, den der Käufer aus dem Rechtsmangel erleidet. Dieser Anspruch berührt die Frage und die Wirkung der Gefahrtragung keinesfalls. Der von dem Gesetzgeber durch Hinzufügung des Zusatzes „oder wenn die Sache untergegangen ist" an den Absatz 2 des § 440 BGB. beabsichtigte Zweck ist jedoch schief zum Ausdruck gekommen. Es hat den Anschein, als ob dem Käufer trotz Unterganges der Sache gemäß § 440 BGB. außer dem Schadensersatzanspruch auch die anderen Rechte aus der Nichterfüllung, insbesondere das Rücktrittsrecht, zur Wahl stünden. Nach der Entwicklungsgeschichte sollte aber, wie gezeigt, damit nur zum Ausdruck gebracht werden, daß auch eine bereits vollzogene Uebergabe und der Untergang oder eine Verschlechterung der verkauften Sache einen Ersatzanspruch nicht hindert, wenn der Käufer wegen des Rechtsmangels einen Schaden erlitten hat[28]).

Oertmann[29]) selbst hat sich auch schließlich der Argumentation Adlers nicht ganz entziehen können. Er ist jedoch neuerdings[30]) bei seiner Begründung stehen geblieben. Insoweit kann ihm daher nicht gefolgt werden.

Oertmann läßt jedoch die Gefahr nur dann mit dem Eigentum übergehen, wenn die Uebereignung nicht vertragsmäßig über die Zeit der Uebergabe hinausgeschoben ist. Jst dies jedoch der Fall, wie z. B. beim Eigentums-

---

27) von Tuhr S. 584 Kritische Viertelj. Schrift Bd. 43. Damit erledigt sich auch die von Dernburg (1. bis 2. Aufl. § 181 Anmerk. 5) aufgeworfene Frage, ob ein Käufer Schadenersatz verlangen kann, wenn ein von ihm gekauftes, 5 Jahre lang unangetastet genutztes Pferd krepiert, an dem er, wie sich nachträglich herausstellt, kein Eigentum erlangt hat.

28) Adler, a. a. O.; Wolters S. 101 ff.

29) Oertmann, in Ehrenbergs Hdb. S. 428 ff.

30) Vergl. Oertmann, Kom. zu § 446 Bem. 1 a. α.

vorbehalt, so entscheidet nach seiner meines Erachtens zutreffenden Ansicht der Zeitpunkt, in dem der Verkäufer alles zur Erfüllung des Vertrages Erforderliche getan hat, also regelmäßig die Uebergabe. Hiermit hat Oertmann nach dem Vorgang von Planck[31]) einen entscheidenden neuen Gesichtspunkt herangezogen und sich insoweit von der Eigentumstheorie abgewandt.

II. Nach Goldmann-Lilienthal[32]), Kisch[33]) und Soergel[34]) bedeutet Uebergabe im Sinne des § 446 BGB. lediglich Verschaffung des unmittelbaren Besitzes. Sie stellen ihr aber alle auch nur mittelbaren Besitz übertragende Akte gleich (Besitztheorie genannt). Hierbei wenden Kisch und Soergel die Uebergabesurrogate der §§ 930, 931 BGB. analog an, während Goldmann-Lilienthal[35]) lediglich die allgemeinen Grundsätze über den mittelbaren Besitz, insbesondere die §§ 854, 870 BGB., heranzieht. Sie kommen zu dem Ergebnis, daß auch dann, wenn die Uebereignung ohne Uebergabe vor sich geht, also bei der Besitzauftragung des § 930 BGB. und der Abtretung des Herausgabeanspruchs gemäß § 931 BGB., die Gefahr übergehe, in dem letzten Falle jedoch nur, wenn der Verkäufer zugleich mittelbarer Besitzer ist. Kisch[36]) fügt noch hinzu und nähert sich damit der Eigentumstheorie, es wäre unbillig, dem Eigentümer, der die volle rechtliche Verfügungsmacht über die Sache habe, von der Gefahr zu befreien.

Warneyer[37]) geht zunächst davon aus, daß durch die bloße Uebergabe, gleichviel ob mit ihr das Eigentum übergehe oder nicht, die Gefahr des Unterganges oder der Verschlechterung der Sache auf den Käufer übertragen werde. Ohne nähere Begründung stellt er ferner der Uebergabe die brevi manu traditio des § 929 BGB. und das constitutum possessorium des § 930 BGB. gleich. Er führt dann weiter aus: „Ebenso geht, wenn sich die Sache im Besitz eines Dritten befindet, die Sache mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den Dritten auf

31) Vergl. unten S. 50 ff.
32) Goldmann-Lilienthal 1. Bd. (1903) S. 479 Anm. 2.
33) Kisch, S. 62.
34) Soergel, (1929) zu § 446 Bemerk. 1 S. 767.
35) a. a. O. S. 479 Anm. 2.
36) Kisch, a. a. O.
37) Warneyer, zu § 446 Bem. 1 S. 767.
Warneyer zu § 433 Bem. IV S. 745 zu Anm. 60.

den Käufer über. Anders entscheidet er[38]), wenn sich die verkaufte Sache in niemandes Besitz befindet. Aus dieser von ihm getroffenen Unterscheidung erhellt, daß er der Uebergabe alle auch nur mittelbaren Besitz verschaffende Akte gleichstellt.

Gegenüber der Besitztheorie ist jedoch einzuwenden, daß das Gesetz keinen Anhalt und keinen Anlaß bietet, unter Uebergabe im Sinne des § 446 BGB. Besitz, sei es mittelbaren oder unmittelbaren, zu verstehen (vgl. hierzu unten S. 36 ff.). Im übrigen erscheint es unzulässig, die Uebergabesurrogate der §§ 930, 931 analog anzuwenden, da diese, wie aus der Stellung im System des BGB. erhellt, nur geeignet sind, die Uebergabe zum Zweck der Uebereignung zu ersetzen[39]).

III. Nach der jetzt herrschenden und meines Erachtens allein zutreffenden Ansicht[40]) bedeutet der Begriff der Uebergabe im Sinne des § 446 BGB. lediglich Verschaffung der tatsächlichen Herrschaft, also körperliche Uebergabe.

Vertreter der Eigentumstheorie[41]) berufen sich demgegenüber zur Stütze ihrer Lehre allerdings auf die Motive II, S. 205, wonach im § 446 BGB. lediglich der Grundsatz wiederholt werden sollte, daß der Verkäufer bis zur

---

38) Vergl. Note 37 vor. Seite.

39) Oertmann, Komm. (1910) zu § 446 Anm. 1 a; Planck II,2; (1928) zu § 446 Bemerk. 2 b α; Endemann 1. Bd. (1903) Anm. 35 S. 950; Emerich S. 44 Anmerk. 1, Lübbe S. 10, Crome 2. Bd. (1902) § 213 Ziff. 1 a S. 416.

40) Staudinger II, 2 (1928) zu § 446 Bemerk. I, 1 b S. 86; Endemann Bd. 1 (1903) § 159 a Bemerk. 5 a, 2 S. 950; Otto v. Gierke 3. Bd. § 192 IV S. 448; Planck II, 2 (1928) zu § 446 Bemerk. 2, b α, S. 674; Emerich S. 44, Ziff. a; Düringer-Hachenburg 3. Bd. 1. Aufl. S. 75 Ziff. II,b; Cosack-Mitteis 1. Bd. § 183 Ziff. 2 a, γ. Staub 4. Aufl. 4. Bd. Anhg. zu § 382 Anmerk. 45 b, S. 490; Schmitz S. 7,8; Wismeyer S. 56; Vins S. 13; Fedden S. 17; Klasen S. 14; Jaffé S. 52; Stern S. 3; Lübbe S. 9;Offermann S. 8; Soergel zu § 446 Bemerk. 1 S. 776; Sinsheimer LZ. 1915 Sp. 683; Martinius Arch. Bürg. Recht Bd. 17 S. 65; Adler S. 399; Kluckhohn Ihr. Jahrb. Bd. 64, S. 137; Stölzle LZ. 1915 Sp. 501; Biermann Recht 1915 S. 159; Landsberg 1. Bd. S. 425; Krahmer S. 127 RGR. Komm. II, 2 (1928) zu § 446 Bemerk. 4; OLG. Celle in Rspr. OLG. Bd. 24, S. 322 und in RGZ. Bd. 74 S. 129; OLG. Jena in Rspr. d. OLG. Bd. 13 S. 409; LG. Dresden in JW. 02 S. 496; AG. Etteheim in JW. 1925 S. 2283. Neuerdings auch RG. in LZ. 1915 S. 117.

41) Titze, Unmöglichkeit der Leistung S. 255; Lazarus, § 72; Poiger S. 19 und 32 und oben S. 29 ff.

Erfüllung die Gefahr zu tragen habe. Hierzu ist bereits oben S. 29 ff. Stellung genommen worden. Ferner können die Motive hier schon deshalb nur mit Vorsicht zur Erforschung des Willens des Gesetzgebers herangezogen werden, weil sie gerade zu der hier zur Entscheidung stehenden Frage mehrere sich widersprechende Stellen aufweisen. Nach den Motiven II, S. 91 und 324 ist unter Uebergabe im BGB. nur ein tatsächlicher körperlicher Besitzwechsel zu verstehen. Ferner haben die Motive II, S. 324 die Frage der Gefahrtragung nach der Uebergabe beim suspensivbedingten Kauf ausdrücklich offen gelassen[42]). Hätte man den Gefahrübergang unbedingt von der Erfüllung aller gegenseitigen Verpflichtungen abhängig machen wollen, so wären die eben erwähnten Stellen unverständlich.

Für die hier vertretene Auffassung, wonach unter Uebergabe lediglich der Wechsel der tatsächlichen Verfügungsmacht zu verstehen ist, spricht der Wortlaut des Gesetzes und der Zusammenhang des § 446 BGB. mit den anderen Kaufvorschriften:

Das Gesetz verwendet den Begriff der Uebergabe an verschiedenen Stellen nur im Sinne einer körperlichen Uebergabe, eines tatsächlichen Besitzwechsels, und stellt ihn der Rechtsverschaffung geradezu gegenüber. So verpflichtet § 433 BGB. den Verkäufer ausdrücklich zur Uebergabe und Uebereignung. Die Uebergabe kann hier nur Verschaffung der tatsächlichen Herrschaft bedeuten[43]), da man sonst dem Gesetz den Vorwurf der Tautologie machen müßte[44]). In dem gleichen Sinne wird Uebergabe im § 440 Abs II gebraucht, da hier ja der Mangel der Eigentumsübertragung vorausgesetzt wird[45]). Ferner erhellt auch aus dem Zusammenhang, in dem der Begriff der Uebergabe in den §§ 448/49, 450, 688, 701, 929, 1292, 1296, 2238, 2241 verwendet wird, daß hier nur die tatsächliche körperliche Uebergabe gemeint ist[46]). Ganz deutlich wird

---

42) Zuerst herangezogen von Adler S. 399.

43) Kom. der RG.-Räte II,2 (1929) zu § 431 S. 16; Staudinger II,2 (1928) zu § 433 Bem. VIII A 1 S. 30 RGZ 95 S. 105.

44) Berndt S. 78.

45) Vins S. 12/13; Berndt S. 77; Emerich S. 44 Anm. 1.

46) Endemann, 1. Bd. S. 950; Lübbe S. 9; Kluckhohn, Ihr. Jahrb. 64, S. 137.

wird dies auch im Abs. II des § 446 BGB. selbst: Hier ist ausdrücklich betont, daß die Gefahr mit der Auflassung oder der Uebergabe auf den Käufer übergeht. Bedeutet aber im Abs. II des § 446 BGB. Uebergabe lediglich Verschaffung der tatsächlichen Herrschaft, so kann sie im Abs. I nur in dem gleichen Sinne gebraucht sein[47]). Hätte der Gesetzgeber mit Uebergabe Uebereignung gemeint, dann hätte er sich auch einfach dieses Ausdrucks bedienen können[48]).

Ferner erhellt auch aus der geschichtlichen Entwicklung des § 446 BGB., daß das BGB., wie bereits unten S. 24 betont, mit dem Grundsatz casum sentit dominus gebrochen hat.

Vielmehr war für die im BGB. getroffene Regelung in der Hauptsache die Erwägung maßgebend, daß er die Gefahr tragen solle, der die Möglichkeit hat, die Sache zu überwachen und geeignete Maßnahmen zu ihrem Schutz ggen irgendwelche schadenbringende Ereignisse zu treffen[49]). Dies war einer der Gründe, der Suarez bewog, von dem römisch-rechtlichen Gefahrtragungsprinzip abzuweichen, und die Praxis bestimmte, auch nach Erlaß des Eigentumserwerbsgesetzes von 1872 und trotz des Grundsatzes casum sentit dominus die Gefahr bei Grundstücken auch weiter erst mit der Uebergabe auf den Käufer übergehen zu lassen[50]). Die gleichen Erwägungen spielten bei den Vorarbeiten zum BGB. eine wichtige Rolle (vgl. Prot. II, 63). Demgegenüber hält der von Martinius vorgebrachte Einwand[51]) nicht stand, die bloße Möglichkeit der Ueberwachung dürfe nicht entscheiden, da ja auch eine diesbezügliche obligatorische Pflicht eine Haftung für Zufall nicht begründe. Vielmehr ist hier der Grundgedanke maßgebend, daß der die Gefahr tragen muß, der in einem näheren tatsächlichen Verhältnis zur Sache steht als der andere (Gedanke des Gefahrenkreises[52]).

47) Düringer-Hachenburg 3. Bd. S. 74; Emerich S. 44 Anm. 1; Endemann 1. Bd. § 159 a S. 951, Stern S. 3, Planck II,2 (1928) Bem. 2 b α zu § 446, Klasen S. 14, Schmitz S. 8, Biermann S. 56 Heyer S. 24.

48) Heyer S. 29.

49) Prot. II,63; Schmitz S. 8; Düringer-Hachenberg a. a. O.; O. v. Gierke 3. Bd. § 192 S. 448.

50) Vergl. o. S. 24.

51) Martinius S. 62.

52) Müller-Erzbach im Arch. Ziv. Prax. Bd. 106 S. 415.

Weiter war es Absicht der Redaktoren des BGB., den Gefahrenübergang an einen einfachen, äußerlich klaren und damit leicht nachweisbaren Vorgang zu knüpfen, um die durch die römischrechtliche Gefahrenverteilung hervorgerufenen schwierigen Liquidationsprozesse zu umgehen. Aus diesem Grunde ließ man die Gefahr mit der Uebergabe auf den Käufer übergehen, ohne zu fordern, daß damit gleichzeitig Eigentum übertragen werden müßte, da diese Prüfung die Unsicherheit nach sich gezogen hätte, die man gerade vermeiden wollte (vgl. ferner die Ausführung oben S. 25).

Im übrigen wäre ein Gefahrübergang begrifflich unmöglich und damit § 446 BGB. unlogisch gefaßt, wenn man unter Uebergabe im Sinne des § 446 BGB. nur die eigentumsverschaffende verstehen wollte, da mit der Uebergabe und der Eigentumsverschaffung das Schuldverhältnis erlischt und somit von einem Uebergang des periculum obligationis nicht mehr die Rede sein könnte.

Nach alledem kann unter „Uebergabe", im Sinne des § 446 BGB. nur die Verschaffung der tatsächlichen Herrschaft, der körperliche Besitzwechsel, verstanden werden.

Die hier vertretene Ansicht paßt auch insofern am besten in das System des BGB., als sie in allen Fällen zu einer den Interessen des Verkäufers und des Käufers gerecht werdenden Regelung führt:

Dem Bedürfnis der Praxis spricht es allein, daß der Käufer schon dann die Gefahr zu tragen hat, wenn er mit der Uebergabe in den Stand gesetzt wird, alle Maßnahmen zur Abwendung irgendwelcher schadenbringender Ereignisse zu treffen. Mit der Uebergabe gelangt die Sache in seinen Gefahrenkreis, und es entspricht der Billigkeit, wenn er den zufälligen Schaden zu tragen hat.

Weiter ergibt sich auch für die Frage der Mängelhaftung (§ 459 ff. BGB.) die klare, dem Verkehr gerecht werdende Folgerung, daß der Verkäufer nur für die Mängel haftet, deren Entstehung in die Zeit fällt, in der er die Sache noch im unmittelbaren Besitz hatte, und der Käufer andererseits keine Wandlungs- oder Minderungsansprüche aus Mängeln herleiten kann, die sich erst während seiner Besitzzeit gezeigt haben. Ueber die sich in dieser Frage aus der Eigentumstheorie ergebenden unhaltbaren Folgerungen vgl. oben S. 31 f.

Ferner entspricht es auch allein dem Willen der Parteien, daß dem Käufer mit der Uebergabe auch die Nutzungen zufallen, die ihm nach § 446 Abs. I Satz 2 mit dem Gefahrübergang zustehen. Die Uebergabe verfolgt gerade den ausdrücklichen oder stillschweigenden Zweck, den Käufer in den Genuß der Sache selbst und ihrer Früchte (Nutzungen) zu setzen. Dem hat der Gesetzgeber auch im § 955 BGB. Rechnung getragen, indem er den Eigenbesitzer einer Sache zum Eigentümer der Früchte macht. Es wäre kaum sinngemäß, wollte man den Käufer zwingen, die Nutzungen dem Verkäufer — vielleicht dem Dieb — herauszugeben, weil dieser nicht in der Lage ist, das Eigentum und damit die Gefahr auf den Käufer übergehen zu lassen[53]). Zu diesem Ergebnis müßte man aber nach § 446 Abs. II kommen, wenn man die Gefahr erst mit der Verschaffung des Eigentums auf den Käufer übergehen lassen wollte.

Nach alledem erscheint es nach dem Wortlaut des Gesetzes, dem Zusammenhang des § 446 mit den anderen §§ über den Kaufvertrag, nach dem Zweck des Gesetzes und den Bedürfnissen des Verkehrs allein richtig, unter Uebergabe im Sinne des § 446 Abs. 1 BGB. lediglich den Wechsel der tatsächlichen Herrschaft zu verstehen.

Allerdings hat nicht jede körperliche Uebergabe den Gefahrübergang zur Folge, sondern nur diejenige, welche auf Grund des Kaufs erfolgt[54]).

Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 446 BGB., wo bestimmt ist, daß mit der Uebergabe der verkauften Sache die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer übergeht. Nur diejenige Uebergabe, die sich als eine Verkäuferleistung darstellt, kann im § 446 BGB. gemeint sein. Sie muß daher auch eine endgültige Hingabe der Sache und bestimmt sein, dem Käufer nach dem Vertrag und Gesetz für dauernd die tatsächliche Gewalt zu verschaffen.

---

53) Vergl. Wismeyer S. 47.

54) Vergl. Staudinger II,2 (1928) zu § 446 Bem. I, 2 c, β Enneccerus I,2 (1928) zu § 326 Ziff. 2 S. 324 Anm. 7; Planck II,2 (1928) zu § 446 S. 675; RGZ. 85, 321/22; KG. in OLG. Rsp. Bd. 22, S. 211; Klasen S. 14; Fedden S. 16; Oertmann in Ehrenbergs Handbuch IV,2 S. 428.

§ 9.

Der Gefahrübergang beim constitutum possessorium und Vindikationszession.

I. Nach der herrschenden und hier vertretenen Ansicht geht also gemäß § 446 Abs. I BGB. bei beweglichen Sachen die Gefahr auf den Käufer mit der Uebertragung der tatsächlichen Herrschaft über. Die herrschende Lehre läßt dies aber uneingeschränkt nur für die Fälle gelten, in denen die Uebergabe der Uebereignung vorausgeht[1]), also vor allem, wenn sich der Verkäufer das Eigentum an der Sache vorbehält. Wie ist es aber, wenn die Uebergabe der Uebereignung nachfolgt, insbesondere also in den Fällen des Besitzkonstituts (930 BGB.) und der Vindikationszession (§ 931 BGB)? Geht hier die Gefahr schon mit der Eigentumsübertragung oder erst mit der Bewirkung der Uebergabe auf den Käufer über?

II. Dieses Problem taucht natürlich dann nicht auf, wenn man mit den Vertretern der Eigentumstheorie, Titze[2]), Lazarus[3]), Poiger[4]) und Dietrich[5]) den Gefahrübergang ausschließlich an die Uebereignung knüpft. Folgerichtig bürden sie die Gefahr in den Fällen der Ersatzübergabe unterschiedslos dem Verkäufer nur solange auf, bis dieser dem Käufer die Sache übereignet hat.

III. Zum gleichen Ergebnis kommen die Vertreter der Besitztheorie[6]), da sie in der Herstellung eines den §§ 930, 931, 868, 870 BGB. entsprechenden Besitzverhältnisses einen ausreichenden Ersatz der Uebergabe anerkennen. Nur in den Fällen, in denen bei der Abtretung des Herausgabeanspruchs kein Besitz verschafft werden kann, weil der besitzende Dritte in keinem Besitzmittlungsverhältnis zum Verkäufer steht, belassen sie die Gefahr dem Verkäufer, bis die Sache dem Käufer übergeben worden ist[7]).

1) Planck II,2 (1928) zu § 446 Bem. 2 b, α S. 675; Heyer S. 30; Wismeyer S. 57.
2) Titze, Unmöglichkeit der Leistung S. 255 ff.
3) Lazarus § 72.
4) Poiger, S. 29/32.
5) Dietrich S. 14.
6) Goldmann-Lilienthal I (1903) S. 479 Anm. 2; Kisch S. 62; Soergel (1929) zu § 446 Bem. I S. 776; Warneyer zu § 446 und zu § 433 Bem. IV S. 745 zu Anm. 60.
7) Vergl. die unter 6 genannten Schriftsteller.

IV. Schwierigkeiten bietet das Problem des Gefahrübergangs in den Fällen der Ersatzübergabe erst, wenn man, wie hier, die Auffassung vertritt, daß im Abs. I des § 446 BGB. unter der „Uebergabe" lediglich die Verschaffung der tatsächlichen Herrschaft zu verstehen ist:

Soergel[8]), Krahmer[9]), Biermann[10]), Enneccerus[11]) und Dernburg[12]) stellen der Uebergabe alle Surrogate gleich.

Während Soergel[8]) überhaupt keine Begründung gibt, stützt Krahmer[9]) seine Ansicht darauf, daß es an einer abweichenden Bestimmung fehle. Auch Biermann[10]) glaubt, unbedenklich die Fälle der sogenannten Ersatzübergabe der Uebergabe gleichstellen zu können, und weist zur Begründung auf die Bedeutung des Gefahrüberganges für die Verteilung der Nutzungen und Lasten hin, die nach seiner Meinung immer der Eigentümer zu tragen habe. Er hebt jedoch hervor, daß man mit Rücksicht auf § 447 BGB. eine vollkommene Parallele zwischen Gefahrtragung und Verteilung der Nutzungen nicht ziehen dürfe. Enneccerus[11]) bezieht sich zur Stütze seiner Ansicht auf die Vorschrift des § 446 Abs. II BGB., wonach bei Grundstücken die Gefahr nicht bloß mit der Uebergabe, sondern auch mit der Eintragung übergeht, und hält eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften für richtig, so daß also auch bei Mobilien der Eigentumsübergang für den Wechsel in der Gefahrtragung entscheidend sei. Gerade diese Bestimmung ist aber m. E. eine Sondervorschrift für Immobilien, die nicht auf bewegliche Sachen analog ausgedehnt werden kann. Dernburg[12]) zieht zur Begründung als Beispiel den Fall heran, daß ein Bankier für einen seiner Kunden gekaufte Papiere für diesen ins Depot nimmt. Er hält es — und zwar mit Recht — für billig, daß hier der eigentliche Käufer, der Kunde, die Gefahr trägt. M. E. kann aber, wie unten S. 48 ff näher dargelegt wird, hieraus nicht der allgemeine Schluß gezogen werden, daß in allen Fällen der Ersatzübergabe die Gefahr mit der Verschaffung des Eigentums auf den Käufer übergeht.

---

8) Soergel zu § 446 Bem. 1 S. 776.
9) Kramer, S. 127.
10) Biermann, im Recht 1915 S. 158 ff.
11) Enneccerus, (1928) zu § 326 S. 324 Anm. 7.
12) Dernburg, (1901) II,2 S. 26.

Zutreffend weist auch Oertmann[13]) und Wismeyer[14]) darauf hin, daß im Ergebnis kein Unterschied von der Eigentumstheorie besteht, wenn man der Uebergabe alle Surrogate gleichstellt.

Auch Crome[15]) läßt die Gefahr immer auf den Käufer übergehen, wenn dieser auf Grund der Besitzauftragung oder der Abtretung des Herausabgabeanspruchs Eigentümer der Sache geworden ist. Er meint, das periculum obligationis müsse als das Mindere gegenüber dem periculum rei spätestens mit diesem übergehen. Jedoch erscheint diese Ansicht schon deshalb nicht zutreffend, da, wie oben S. 18 gezeigt, das periculum obligationis und das periculum rei etwas voneinander völlig verschiedenes sind und nicht miteinander verglichen werden können.

Stern[16]) hält es nach dem Vorgang der Motive II, S. 323 für unbillig, wenn der Käufer und Eigentümer, nachdem er die volle rechtliche Verfügungsvollmacht über die gekaufte Sache erlangt habe, von der Gefahr auf Kosten des Verkäufers befreit sein würde. Im einzelnen führt er aus:[17])

„Als Eigentümer hat der Käufer auch bei mangelndem Besitz eine Reihe von Vorteilen, die er als eigentumsloser Besitzer nicht haben würde . . . .".

„Er kann sie nicht nur veräußern, sondern auch alle dem Eigentümer zufallende Verwaltungsrechte und Schadensersatzansprüche bei Verletzungen des Eigentums durch Dritte selbständig geltend machen . . . . ".

„ . . . . Allerdings . . hat er nicht die Möglichkeit, die Sache zu bewachen. Ausschlaggebend sind jedoch die größeren dem Eigentümer zustehenden Rechte Dritten gegenüber. Denn bei vertragswidrigem Verhalten des Verkäufers kann der Käufer Schadenersatzansprüche auf Grund des Kaufvertrages geltend machen.".

Aehnlich argumentieren auch Kisch[18]) und OLG. Colmar in Rechtssprechung der OLG. Bd. 24 S. 321[19]), die aber beide grundsätzlich auf dem Boden der Eigentumstheorie stehen[20]) und die hier erwähnten Billigkeitsgründe nur unterstützend heranziehen.

13) Oertmann, Kom. II, 2, 5. Aufl. zu § 446 Bem. 1.
14) Wismeyer, S. 56.
15) Crome, System II, § 213, Z. I. a, S. 416.
16) Stern, S. 4 ff., 5. u.
17) Stern, S. 5, letzter Absatz.
18) Kisch, S. 62.
19) Vgl. auch Motive II, S. 323.

M. E. sind aber die von Stern vorgetragenen Erwägungen nicht stichhaltig. Wie bereits oben S. 27 näher ausgeführt, betrifft die Gefahrtragung nach § 446 BGB. lediglich Schäden, die durch den körperlichen Untergang oder körperliche Verschlechterung entstehen. Bei der Abwägung der Interessen beider Parteien kann man es daher nur auf das tatsächliche Herrschaftsverhältnis, nicht auf die rechtliche Verfügungsmacht abstellen. Zudem trifft es gerade in den Fällen der Gefahrtragung nicht immer zu, daß ein Dritter ersatzpflichtig ist, vielmehr kann der Schaden auch auf einem von niemandem verursachten zufälligen Ereignis beruhen. Endlich erscheint es auch im Gegensatz zu Stern nicht in allen Fällen billig, den Eigentümer die Gefahr tragen zu lassen. (Vgl. unten S. 50 ff.).

Staudinger[21]) bürdet bei der Besitzauftragung (§ 930 BGB.) die Gefahr auch ohne tatsächliche Uebergabe mit dem Abschluß des Besitzkonstituts dem Käufer auf, da dieser hier den Besitz erlange, wenn er ihn auch durch den Verkäufer ausübe. Dagegen beläßt er bei der Abtretung des Herausgabeanspruches die Gefahr dem Verkäufer so lange, bis der Käufer die Sache in seinen Besitz bekommen hat. Er meint[22]), das gesetzgeberische Prinzip des § 446 BGB. könne sich nur und auch immer dann verwirklichen, wenn dem Käufer die Möglichkeit der Ueberwachung gegeben sei, was er für den Fall der Vindikationszession verneint.

Offermann[23]) läßt die Gefahr in beiden Fällen der Ersatzübergabe (§§ 930, 931 BGB.) auf den Käufer übergehen, weil dieser beim Besitzkonstitut den mittelbaren Besitz, bei der Abtretung des Herausgabeanspruchs wenigstens die Möglichkeit erlange, sich den Besitz zu verschaffen, während der Verkäufer alle Rechte an der Sache preisgebe.

Heyer[24]) geht bei der Begründung seiner Ansicht, daß die Gefahr in den Fällen der Ersatzübergabe der Käufer zu tragen habe, von dem Begriff des periculum obligationis aus und meint, daß mit der Uebertragung des Eigentums das Schuldverhältnis erlösche und somit von einer Gefahr des Schuldverhältnisses überhaupt nicht mehr gesprochen werden werden könne; hinzu komme, daß man die Fälle der Ersatz-

20) S. oben, S. 29.
21) Staudinger (1928) zu § 446, Bem. I, 2, c α.
22) Staudinger a. a. O., Bem. I, 2 c, β.
23) Offermann, S. 11.
24) Heyer, S. 30/31.

übergabe der tatsächlichen Uebergabe mit Rücksicht auf das nahe verwandtschaftliche Verhältnis ohne Bedenken gleichstellen dürfe. Aehnlich argumentiert auch Landsberg[25]).

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß, wie bereits oben S. 35 näher ausgeführt, die Uebergabesurrogate der Uebergabe nur bei der Uebertragung des Eigentums gleichgestellt sind. Im übrigen bedarf es aber noch einer eingehenden Untersuchung, ob das Schuldverhältnis tatsächlich mit der Vollziehung des Eigentumsüberganges erlischt. Dies ganz allgemein ohne Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles annehmen zu können, erscheint zum mindesten zweifelhaft, weil nach § 433 BGB. der Verkäufer zur Uebereignung und zur Uebergabe verpflichtet ist[26]).

Mit einer im Ergebnis ähnlichen Begründung wie Heyer, aber bereits lange vor diesem, hat es Planck[27]), von den allgemeinen Grundsätzen des BGB. über gegenseitige Verträge ausgehend, darauf abgestellt, ob der Verkäufer mit der Verschaffung des Eigentums durch die Uebergabe-Surrogate erfüllt hat. Er hat ausgeführt, daß die Frage, wer in den Fällen der sogenannten Ersatzübergabe die Gefahr zu tragen habe, mangels einer besonderen Vereinbarung der Parteien aus § 323 BGB. zu lösen sei, wonach es darauf ankomme, ob mit den an die Stelle der Uebergabe tretenden Vereinbarungen über eine Besitzauftragung oder Vindikationszession die dem Verkäufer obliegende Leistung bewirkt sei oder nicht. Beim Besitzkonstitut läßt er nun die Gefahr auf den Käufer übergehen, weil der Verkäufer mit der Uebertragung seine Vertragspflichten voll erfüllt habe. Dagegen ist es nach seiner Ansicht Tatfrage, wem von den Parteien bei der Vindikationszession die Gefahr aufzubürden ist. Er stellt es darauf ab, ob in der Einwilligung zur Abtretung des Herausgabeanspruchs ein Verzicht auf die Uebergabe liegt oder nicht.

Es ist jedoch Planck insoweit nicht zu folgen, als er § 323 BGB. unmittelbar anwenden will. § 446 Abs. I BGB. regelt den Zeitpunkt des Gefahrübergangs beim Kauf beweglicher Sachen ausschließlich. Neben dieser lex specialis darf m. E. nicht auf § 323 BGB. unmittelbar zurückgegriffen werden. Die von Planck zur Begründung hierfür vertretene

25) Landsberg, I, (1904) § 127, S. 425, Z. c.

26) Crome, II (1902), § 213, S. 416, Z. 1, a, Fedden, S. 18 u. oben S. 13.

27) Planck (1928), II, 2, § 446, Bem. 2 b, α.

Auffassung, daß § 446 Abs. I auf die Fälle der Ersatzüberübergabe nicht anwendbar und daß hier eine Lücke im Gesetz vorhanden sei, die durch die allgemeine Vorschrift des § 323 BGB. ausgefüllt werden müsse, kann, wie unten S. 48 ff. noch näher ausgeführt wird, aus den dort angegebenen Gründen nicht beigetreten werden. Weiter erscheint es meines Erachtens nicht ganz zutreffend, daß der Verkäufer beim Besitzkonstitut mit der Uebereignung alle seine Vertragspflichten erfüllt haben und daß deshalb die Gefahr immer mit dem Abschluß der Besitzauftragung und der damit verbundenen Uebereignung auf den Käufer übergehen soll. Es muß hierbei, wie bereits oben S. 44 betont werden, daß nach § 433 BGB. der Verkäufer neben der Verpflichtung zur Uebereignung auch die zur Uebergabe hat. Im übrigen kann es, wie noch unten gezeigt werden soll, zu Unbilligkeiten führen, dem Käufer in dem Falle des constitulum possessorium ausnahmslos die Gefahr aufzubürden.

In der Hauptsache haben sich Planck angeschlossen Cosack[28]), Fedden[29]), Düringer-Hachenburg[30]), Kom. der RGR.[31]), Martinius[32]), Oertmann[33]), Wismeyer[34]), Lübbe[35]), Poiger[36]) und Vins[37]).

Cosack[28]) und Fedden[29]) glauben ein allgemeines Prinzip, wann die Gefahr auf den Käufer übergehe, nicht aufstellen zu können und meinen, es komme immer auf die Abmachungen und Umstände des einzelnen Falles an. Demgegenüber ist aber darauf hinzuweisen, daß besondere Vereinbarungen über die Gefahrtragung selten getroffen werden ,weil die Möglichkeit, daß ein zufälliges, von keiner der Parteien zu vertretendes schädigendes Ereignis eintreten kann, selten im voraus in Betracht gezogen wird[38]).

---

28) Cosack-Mitteis (1927), 1. Bd., § 183, S. 515, § 185, S. 531.
29) Fedden, S. 18/19.
30) Düringer-Hachenburg, 3. Bd. (1913), S. 76.
31) Kom. d. RG.-Räte II, 2, 7. Aufl., Berlin und Leipzig 1929, zu § 446, S. 44.
32) Martinius, im Archiv f. bürgerl. Recht, Bd. 17, S. 154.
33) Oertmann, Ehrenbergs Handb., S. 429 u. Kom. II, 2, 1929, zu § 446, Bem. 1, a.
34) Wismeyer, S. 57.
35) Lübbe, S. 11/12.
36) Poiger, S. 33/34.
37) Vins, S. 13.
38) Vgl. auch Lübbe, S. 12.

Auch Düringer-Hachenburg[30]) und Kom. der RGR.[31]) stellen es bei der Frage, wer bei der Abtretung des Herausgabeanspruchs die Gefahr zu tragen habe, auf die besonderen Verhältnisse im Einzelfalle ab, insbesondere, ob nach dem Willen der Parteien und dem wirtschaftlichen Zweck des Vertrages die Vindikationszession als Erfüllungshandlung des Verkäufers genügen soll. Im Falle des Besitzkonstituts kommt es nach Düringer-Hachenburgs Ansicht entscheidend darauf an, ob die Sache aus dem Eigentum des Verkäufers in das des Käufers übergegangen ist. Dies bildet nach ihrer Ansicht den Grund für den Gefahrübergang, weil damit der Kaufgegenstand in die Vermögenssphäre des Käufers übergegangen sei und der Verkäufer seine Vertragsverpflichtungen erfüllt habe. Das BGB. regelt aber die Gefahrtragung in dem Sinne, daß dem die Gefahr aufgebürdet werden soll, der in näheren tatsächlichen Beziehungen zur Sache steht (Gedanke des Gefahrenkreises)[39]).

Wismeyer[40]), Martinius[41]), Lübbe[42]), Poiger[43]) und Vins[44]) gehen ebenfalls von den von Planck herausgearbeiteten Grundsätzen aus, wonach für die Gefahrtragung in den Fällen der Ersatzübergabe maßgebend ist, ob der Verkäufer mit der Eigentumsübertragung bereits erfüllt hat. Sie halten es bei der Vereinbarung eines Besitzkonstituts für entscheidend, daß hier der Verkäufer die Sache auf Grund eines Sonderverhältnisses nach §§ 930, 868 BGB. in Besitz hat und, wenn nachträglich die Uebergabe erfolgt, dies nicht mehr auf Grund des Kaufvertrages, sondern auf Grund des besonderen Vertragsverhältnisses (Miete, Leihe usw.) geschieht. Sie meinen, daß sich die Haftung für einen etwaigen Untergang oder eine Verschlechterung der Sache nicht mehr nach den Regeln des Kaufvertrages, sondern des Miet- oder Leihvertrages richtet, während die Vorschriften über den Kauf vollkommen ausscheiden müßten. Wismeyer, Poiger, Vins und Wolters[45]) betonen audrücklich, daß in diesen Fällen, soweit nicht die

39) S. oben, S. 38.
40) Wismeyer, S. 57, Abs. II.
41) Martinius, Arch. Bürgerl. Recht, Bd. 17, S. 54.
42) Lübbe, S. 12.
43) Poiger, S. 33/34.
44) Vins, S. 30.
45) Wolters, S. 145.

Parteien das Gegenteil abgemacht hätten, überhaupt keine Verpflichtung des Verkäufers auf Uebergabe der Sache bestehe.

Zum gleichen Ergebnis mit ähnlicher Begründung gelangt auch Oertmann[46]), soweit er überhaupt in diesen Fällen von der Eigentumstheorie abweicht[47]). Er hebt noch hervor, daß der Eigentümer gewisse Möglichkeiten habe, die Sache zu überwachen und sich gegen Verlust zu schützen, z. B. könne er Versicherungen eingehen usw. Dagegen hat Oertmann[48]) Bedenken, bei der Vindikationszession die Gefahr dem Käufer aufzubürden. Er meint, der Verkäufer habe in diesen Fällen seine Pflicht insofern nicht voll erfüllt, als er seinerseits offenbar noch Bemühungen aufwenden müsse, dem Käufer den noch fehlenden Besitz zu verschaffen. Mit gerade entgegengesetzten Billigkeitserwägungen kommen Martinius[49]) und Wolters[50]) dazu, im Falle der Vindikationszession den Käufer die Gefahr von dem Augenblick der Abtretung des Herausgabeanspruchs ab tragen zu lassen. Sie heben hervor, man könne dem Verkäufer die Gefahr nicht so lange belassen, bis es der Käufer für gut befinde, sich die Sache von dem Dritten herausgeben zu lassen.

Endlich ist auch Otto von Gierke[51]) der Ansicht, daß die Gefahr in den Fällen des Besitzkonstituts im allgemeinen nicht auf den Käufer übergehe, da in der Vereinbarung des Besitzmittlungs-Verhältnisses meist die Abrede zu finden sei, daß der Käufer von nun an, als Eigentümer die Gefahr tragen solle und der Verkäufer für die Sache nur nach den Regeln des besonderen Vertragsverhältnisses hafte. Diese Grundsätze sollen aber nach Gierke immer nur dann Anwendung finden, wenn das Besitzmittlungs-Verhältnis auf einem entgeltlichen Grundgeschäft beruht, während er bei unentgeltlicher Verwahrung und bei der Leihe Bedenken hat, die Gefahr dem Käufer aufzubürden. Im Falle der Abtretung des Herausgabeanspruchs läßt er die Gefahr auf den Käufer immer und nur dann übergehen, wenn in der Vindikationszession eine Besitzabtretung liegt.

46) Oertmann, Ehrenbergs Handb., S. 429 u. Kom. (1929), II, 2, zu § 446, Bem. 1 a.
47) Vgl. oben S. 33.
48) Oertmann, a. a. O., Bem. 1 a.
49) Martinius, a. a. O.
50) Wolters, S. 141/42.
51) Gierke, 3. Bd., S. 448.

§ 10.

Ansicht des Verfassers.

Es soll nun im folgenden versucht werden, auf den von der Wissenschaft und Praxis herausgearbeiteten Grundsätzen aufbauend, einen Beitrag zu dem zum Thema gestellten Problem unter Heranziehung einzelner Fälle zu liefern:

Es ist davon auszugehen, daß nach der herrschenden und hier vertretenen, im einzelnen oben S. 35 ff. eingehend begründeten Ansicht ünter Uebergabe im Sinne des § 446 BGB. lediglich die Verschaffung der tatsächlichen Herrschaft zu verstehen ist. Solange die Sache also noch im tatsächlichen Machtbereich des Verkäufers steht, hat dieser die Gefahr zu tragen. Sobald aber die Sache mit der Uebergabe in die tatsächliche Gewalt des Käufers gelangt, bürdet das Gesetz diesem die Gefahr auf. Das Prinzip des § 446 BGB. geht also dahin, den die Gefahr tragen zu lassen, der zur Sache in einem näheren tatsächlichen Verhältnisse steht[1]).

Dieser Grundsatz gilt kraft seiner Allgemeingültigkeit nicht bloß dann, wenn die Uebergabe der Eigentumsverschaffung vorausgeht, sondern auch dann, wenn sie der Uebereignung nachfolgt. Der Ansicht[2]), daß für die letzteren Fälle das Gesetz keine Regelung getroffen, daß hier also eine Lücke im Gesetz sei, kann nicht beigetreten werden. Es fehlt insbesondere an einer entsprechenden Vorschrift. Es ist daher immer daran festzuhalten, daß für die Frage, wann die Gefahr vom Verkäufer zum Käufer wechselt, grundsätzlich allein der Zeitpunkt der tatsächlichen Uebergabe entscheidet.

Wie ist es jedoch, wenn die Uebergabe vertragsgemäß überhaupt nicht stattfindet und der Verkäufer lediglich zur Uebereignung verpflichtet ist? In diesen Fällen hat der Verkäufer mit der Verschaffung des Eigentums alles getan, was er nach dem Vertrag zu leisten hatte. Mit der Uebereignung ist dann die Sache aus dem Schuldverhältnis gelöst. Dieses beschränkt sich dann, wenn der Käufer seinerseits den Kaufpreis noch nicht gezahlt hat, lediglich auf

1) Vgl. oben S. 37.

2) Planck II, 2 (1928), zu § 446, Bem. 2 b, S. 675, Heyer, S. 30, OLG., Colmar 2. ZS. Urt. 17. 5. 05 in Rechtspr. der OLG., Bd. 12, S. 51 ff.

dessen Verpflichtung. Wenn nun in diesen Fällen nach der Uebereignung die Sache durch ein zufälliges schädigendes Ereignis untergeht oder verschlechtert wird, kann man von einem periculum obligationis nicht mehr sprechen, da die Sache nicht mehr in ein Schuldverhältnis verstrickt ist. Es handelt sich hierbei lediglich um das oben S. 16 ff. besprochene periculum rei und periculum aestimationis. Dieses hat nach den allgemeinen Grundsätzen der Käufer zu tragen. Zusammenfassend ist also festzustellen, daß in den Fällen, in denen der Verkäufer vertragsmäßig zur Uebergabe nicht verpflichtet ist, dem Verkäufer dann nicht mehr die Gefahr aufgebürdet werden kann, wenn er seinerseits allen Verpflichtungen nachgekommen und die Sache dadurch aus dem Schuldverhältnis gelöst ist.

Von diesen beiden Grundsätzen, nämlich

1. daß die Gefahr in der Regel mit der tatsächlichen Uebergabe auf den Käufer übergeht und

2. daß in den Fällen, in denen eine Uebergabe nicht stattfindet, entscheidend ist, ob der Verkäufer alle ihm obliegenden Vertragspflichten bezüglich der Sache erfüllt hat, ist bei der Prüfung der Frage auszugehen, wann in den Fällen der sogenannten Ersatzübergabe die Gefahr vom Verkäufer auf den Käufer übergeht.

Es ist dabei zu untersuchen, ob eine Verpflichtung des Verkäufers zur Uebergabe der Sache besteht. Ist dies zu bejahen — nach § 433 ist es der Regelfall — so wird die Gefahr erst in dem Zeitpunkt vom Verkäufer auf den Käufer übergehen, in dem der Verkäufer seiner Verpflichtung zur Uebergabe nachgekommen ist. Erst dann, wenn festgestellt ist, daß der Verkäufer die Sache nicht zu übergeben braucht, greift der oben zu 2 erwähnte Grundsatz durch, daß mit der Uebereignung gleichzeitig die Gefahr vom Verkäufer zum Käufer wechselt.

Bei der brevi manu traditio, im Fall des § 929 Satz II BGB., hat der Erwerber die Sache bereits im Besitz. Eine Uebergabe braucht hier erst nicht zu erfolgen. Der Verkäufer ist daher zur Uebergabe nicht verpflichtet. Es liegt hier, wie bereits oben S. 13 ausgeführt, ein Fall der Ersatzübergabe überhaupt nicht vor, da die Verpflichtung des Verkäufers zur Uebergabe ersatzlos wegfällt. Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß hier der Gefahrübergang entsprechend dem oben S. 49 erwähnten Grundsatz zu 2 an den Zeitpunkt geknüpft ist, in dem der Verkäufer

seine Verpflichtungen bezüglich der Sache erfüllt hat, das heißt also im Augenblick der Einigung über die Uebertragung des Eigentums[3]).

Dagegen ist es meines Erachtens nicht ganz zutreffend, wenn die herrschende Lehre[4]) annimmt, daß der Verkäufer auch im Falle des Besitzkonstituts ausnahmslos mit der bloßen Uebereignung alles getan habe, was er nach dem Gesetz und Vertrag zu leisten hat, daß insbesondere keine Verpflichtung des Verkäufers zur Uebergabe bestehe und demgemäß die Gefahr schon mit der Uebereignung auf den Käufer übergehe. Grundsätzlich ist der Verkäufer nach § 433 BGB. zur Uebereignung und zur Uebergabe verpflichtet[5]). Es müssen besondere Umstände vorliegen, aus denen erhellt, daß sich der Käufer mit der Uebereignung begnügen will oder daß nach der Natur des Vertrages eine Uebergabe ausgeschlossen sein soll. Dies soll hier einer eingehenden Prüfung unterzogen und an Hand der folgenden Beispiele erläutert werden:

a) Ein in Notlage geratener Landwirt muß, um einen am 1. 3. fälligen Wechsel einlösen zu können, seinen in der Inflationszeit gekauften Motorpflug verkaufen. Er möchte diesen aber andererseits auch noch bis zum Ende der Frühjahrsbestellung in seinem Betriebe verwenden. Der Käufer ist zum Kauf bereit, zur Leistung eines der Wechselsumme entsprechenden Betrages als Anzahlung und auch bereit, den Motorpflug dem Landwirt bis nach Schluß der Frühjahrsbestellung aus Gefälligkeit unentgeltlich zu belassen. Er will aber sicherheitshalber das Eigentum an dem Motorpflug sofort übertragen haben. Der Landwirt ist damit einverstanden. Die Parteien schließen den Kaufvertrag ab und sind darüber einig, daß das Eigentum nach § 930 BGB. auf Grund eines unentgeltlichen Rechtsverhältnisses (z. B. Leihe) übergehen soll, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Der Händler leistet der Verein-

3) Ebenso in dem Ergebnis, aber m. E. nicht ganz zutreffend in der Begründung, Staudinger II, 2 (1928), zu § 446, Bem. I, 2 c; Planck II, 2 (1928) zu § 446, Bem. II b, S. 674; Warn. zu § 446, Bem. 1, S. 767, Emmerich, S. 44 und Wolters, S. 130, die alle die brevi manu traditio der Uebergabe im Sinne des § 446, BGB., gleichstellen, obwohl, wie oben ausgeführt, hier eine Verpflichtung des Verkäufers zur Uebergabe überhaupt nicht nicht besteht.

4) Vgl. die oben S. 48 zu Ziffer 2 Genannten.

5) Vgl. oben S. 13.

barung entsprechend die zur Einlösung des Wechsels erforderliche Anzahlung. Mitte März wird der Motorpflug durch ein zufälliges Ereignis vollkommen gebrauchsunfähig.

b) Derselbe Fall. Der Händler, der den Motorpflug kauft, um ihn erwerbsmäßig an Landwirte zu vermieten, überläßt dem Verkäufer den Motorpflug bis zum Ende der Frühjahrsbestellung nicht unentgeltlich, sondern vermietet ihn für RM. 100.—.

Man denke auch an Fälle, in denen der Konkursverwalter oder eine in Liquidation gegangene Gesellschaft einerseits noch einen laufenden Auftrag erledigen, andererseits aber die hierfür benötigte Maschine an einen bestimmten Käufer sofort verkaufen und übereignen will; ein weiterer Fall aus dem täglichen Leben: A., Eigentümer eines Fahrrades, will ein Motorrad kaufen und sein Fahrrad veräußern. Den Erlös des Rades braucht er zur Anzahlung für das Motorrad, andererseits möchte er aber das Fahrrad noch behalten, bis ihm das Motorrad von der Firma geliefert wird. Er findet einen Käufer, der ihm das Geld sofort geben und das Rad unentgeltlich oder entgeltlich noch überlassen will, aber nur unter der Bedingung, daß ihm das Eigentum an dem Fahrrad bereits vor der Uebergabe übertragen werde. Diese Beispiele lassen sich noch beliebig vermehren.

Die Fälle a und b unterscheiden sich nun bei oberflächlicher Betrachtung lediglich dadurch, daß in dem Beispiel zu a der Käufer dem Verkäufer die Maschine zur weiteren Benutzung unentgeltlich überläßt, während er im Falle b eine Vergütung beansprucht. Auch juristisch scheinen beide Fälle vollkommen gleich zu liegen. Bei näherer Untersuchung zeigt sich jedoch ein tiefgreifender Unterschied. Zunächst wirtschaftlich gesehen:

Im Beispiel b schneiden sich das Veräußerungsgeschäft des Verkäufers und das entgeltliche Gebrauchsüberlassungsgeschäft des Käufers. Mit der Uebertragung des Eigentums auf den Käufer ist der Kaufvertrag endgültig abgeschlossen. Der entgeltliche Gebrauchsüberlassungsvertrag ist ein völlig neues, auch wirtschaftlich selbständiges Geschäft, das in den Kreis der von dem Käufer in seinem eigenen Interesse abgeschlossenen Geschäfte fällt. Anders liegt dagegen die Sache im Falle a: Hier überläßt der Käufer die von ihm gekaufte und übergebene Sache dem Ver-

käufer lediglich in dessen Interesse. Der Gebrauchsüberlassungsvertrag erscheint hier als ein unselbständiges Abwickelungsgeschäft des Kaufvertrages, das im Gegensatz zum Beispiel b ausschließlich dazu dienen soll, den Abschluß des Veräußerungsgeschäftes unter den besonderen wirtschaftlichen Verhältnissen der Parteien zu ermöglichen. Hieraus folgt der für die Frage des Gefahrüberganges wesentliche juristische Unterschied zwischen den beiden Fällen a und b.

Im Beispiel b, in dem der Käufer dem Verkäufer den Gebrauch der Sache gegen Entgelt überlassen hat, hat der Verkäufer mit der Uebertragung des Eigentums seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag in Ansehung der Sache voll erfüllt. Zur Uebergabe ist er nicht verpflichtet. Diese ist vielmehr ersatzlos weggefallen. Entsprechend dem oben S. 49 behandelten Grundsatz zu 2, geht damit die Gefahr auf den Käufer in dem Augenblick über, in dem der Verkäufer die Sache übereignet hat.

Im Falle a dagegen ist die Uebergabe nicht ersatzlos weggefallen. Vielmehr ist der Kaufvertrag erst mit der nachträglich erfolgenden tatsächlichen Uebergabe vollständig erfüllt. Diese erfolgt allerdings nicht auf Grund des Kaufs[6]), sondern auf Grund des besonderen Besitzmittlungsverhältnisses. Insoweit ist Wismeyer, Martinius, Lübbe, Poiger, Wolters, Vins und —ähnlich — auch von Gierke[7]) durchaus zuzustimmen. Daraus folgt jedoch noch nicht, daß der Verkäufer auf Grund des Kaufvertrages n u r verpflichtet ist, die Sache zu übereignen. Vielmehr ist er seiner Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage erst ledig, wenn er auch die aus dem Gebrauchsüberlassungsvertrag vollständig erfüllt hat. Dies ergibt sich aus dem Charakter des Gebrauchsüberlassungsvertrages als Abwicklungsgeschäft des Kaufs. An die Stelle der nach § 433 BGB. erforderlichen Uebergabe ist nach dem Willen der Parteien das besondere Besitzmittlungsverhältnis getreten. Erst mit dessen endgültiger Erledigung, d. h. also mit der tatsächlichen Uebergabe, hat der Verkäufer auch zugleich seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag erfüllt. Erst in diesem Augenblick geht nach dem oben S. 49 näher dargelegten Grundsatz zu 2 die Gefahr auf den Käufer über.

6) Vgl. über dieses Erfordernis im § 446, BGB. ob. S. 39.
7) Vgl. oben S. 53/54.

Hiernach kommt man also dazu, daß in den Fällen des Besitzkonstituts, in denen die Gebrauchsüberlassung an den Verkäufer unentgeltlich erfolgt, die Gefahr erst mit der Abwicklung des besonderen Besitzmittlungsverhältnisses d. h. also mit der Uebergabe vom Verkäufer zum Käufer wechselt, während immer dann, wenn der Käufer die Sache dem Verkäufer entgeltlich weiter überläßt, die Gefahr bereits mit der Uebereignung, d. h. also mit dem Abschluß des entgeltlichen Gebrauchsüberweisungsvertrages auf den Käufer übergeht.

Die hier vertretene Ansicht führt auch hinsichtlich des Gefahrüberganges in allen Fällen zu allen Beteiligten gerecht werdenden Ergebnissen. Würde man im Falle a mit der herrschenden Meinung annehmen, daß dem Verkäufer eine Verpflichtung zur Uebergabe nicht obliegt, daß er vielmehr mit der Uebereignung allen seinen Pflichten aus dem Kaufvertrage nachgekommen sei, so müßte der Käufer von diesem Zeitpunkt ab die Gefahr tragen, d. h. ihm ginge also nicht bloß die Anzahlung verloren, sondern er müßte vielleicht darüber hinaus noch einen Betrag zahlen, während er eine völlig unbrauchbare Maschine als Gegenleistung erhält. Und dies deshalb, weil er aus Entgegenkommen dem Verkäufer gegenüber diesem die Maschine unentgeltlich überlassen hat. Dieses Ergebnis erscheint im höchsten Grade unbillig. Besonders klar wird dies dann, wenn man annimmt, daß vielleicht der Untergang oder die Verschlechterung der Sache auf Umstände zurückzuführen sind, die gerade in dem besonderen Gefahrkreis des Verkäufers begründet sind, z. B. wenn ein von dem Landwirt entlassener Knecht aus Rache die Maschine beschädigt, um den Landwirt zu treffen. Gerade in Fällen dieser Art, wo zwar nicht ein Verschulden des Verkäufers den Schaden herbeiführt, wohl aber Momente, die in seinen persönlichen Verhältnissen begründet sind, wird auch das Problem des Gefahrenkreises von besonderer praktischer Bedeutung.

Anders dagegen, wenn dem Besitzmittlungsverhältnis ein entgeltlicher Gebrauchsüberlassungsvertrag zugrunde liegt. Hier erscheint es billig, den Käufer die Gefahr tragen zu lassen. Wenn er die Sache dem Verkäufer freiwillig gegen Entgelt überläßt, so gehört ein zufällig eintretender Schaden zu seinem Geschäftsrisiko. Wie der Vermieter oder Verpächter bei einem gewöhnlichen Miet- oder

Pachtvertrag den zufälligen Schaden zu tragen hat, so auch hier.

Eine Bestätigung der Richtigkeit der oben begründeten Ansicht über den Gefahrübergang in den Fällen des Besitzkonstituts, findet man auch bei einer zusammenhängenden Betrachtung der Vorschriften des BGB. über die Gefahrtragung und die Verteilung der Nutzungen. Wie nach § 446 Abs. I Satz 1 BGB., mit der Uebergabe die Gefahr auf den Käufer übergeht, so gebühren diesem nach Satz 2 a. a. O. von dem Zeitpunkt der Uebergabe ab auch die Nutzungen der Sache. Das Gesetz will mit dieser Vorschrift dem Volksempfinden entsprechend dem die Nutzungen zusprechen, der die Gefahr zu tragen hat. Schon im alten deutschen Recht galt der bekannte Grundsatz: „Wer den bösen Tropfen genießt, soll auch den guten genießen." Ueberhaupt ist die wechselseitige Abhängigkeit der Gefahr und Nutzungen allen Rechtssystemen eigentümlich. Vergl. hierzu l 7 D. de peric. et comm. 18, 6; § 3 Inst. de emt. et vend 3, 32; ALR. I, 11, §§ 105—107; Oesterr. ABGB., §§ 1066, 1050, 1051; sächs. BGB. §§ 1091, 869; cc Art. 1683, 1614; und Motive II, 324. Es ist also ein elementarer Grundsatz, daß Gefahr und Nutzungen in einer Hand vereinigt sein sollen. Das BGB. scheint allerdings hiervon im § 447 abgewichen zu sein, in dem es beim Versendungskauf abweichend vom § 446 BGB. die Gefahr dem Käufer bereits von der Auslieferung an den Frachtführer usw. ab aufbürdet, ohne eine entsprechende Abänderung der Verteilung der Nutzungen zu treffen[8]). Diese gebühren daher theoretisch bis zur tatsächlichen Uebergabe dem Verkäufer. Man unterstellt aber in der Wissenschaft und Praxis ganz allgemein, daß es dem Willen der Parteien entspricht, daß auch die Nutzungen von der Ablieferung an den Frachtführer, also in demselben Augenblick wie die Gefahr auf den Käufer übergehen. Der Grundsatz der wechselseitigen Abhängigkeit von Gefahr und Nutzungen gilt daher auch in unserem Recht.

Bei dem Besitzkonstitut wird nun in den Fällen der unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung diese gerade deshalb vereinbart, um den Verkäufer noch weiterhin in dem Genuß der Sache zu belassen. Gebühren ihm aber die Nutzungen, so kann man entsprechend dem im § 446 ent-

8) Vgl. auch Biermann, S. 162.

haltenen Prinzip der wechselseitigen Abhängigkeit der Gefahr von den Nutzungen den Rückschluß ziehen, daß der Verkäufer auch die Gefahr zu tragen habe.

Andererseits ergibt sich für die Fälle, in denen der Käufer die Sache dem Verkäufer nur gegen Entgelt überläßt und in denen demgemäß die Nutzungen ihm zustehen, während der Verkäufer lediglich auf Grund der Miets- oder Pachtzinszahlung im Genuß der Sache bleibt, daß hier der Käufer die Gefahr tragen muß.

Auch aus diesem Grunde erscheint daher die oben S. 52/53 ff. näher begründete Ansicht gerechtfertigt, daß in den Fällen des Besitzkonstituts mit unentgeltlicher Gebrauchsüberlassung der Verkäufer bis zur Uebergabe, bei entgeltlicher aber der Käufer vom Abschluß der Besitzauftragung an die Gefahr zu tragen hat.

II. Wie beim Besitzkonstitut, so ist auch in den Fällen der Vindikationszession bei Beantwortung der Fragen, wann die Gefahr vom Verkäufer zum Käufer übergeht, immer davon auszugehen, daß nach § 433 BGB. der Verkäufer grundsätzlich zur Uebereignung und zur Uebergabe verpflichtet ist[9]). Unter Uebergabe ist hier dem oben S. 35 ff. dargelegten Prinzip des § 446 BGB. entsprechend ebenfalls lediglich die Verschaffung der tatsächlichen Herrschaft zu verstehen. Von der Verpflichtung hierzu ist der Verkäufer ferner nach dem oben S. 49 näher begründeten Grundsatz zu 2 nur dann befreit, wenn besondere Umstände erkennen lassen, daß nach dem Willen der Parteien oder der Natur des Vertrages die Uebergabe ersatzlos wegfallen soll.

Im Gegensatz zu den Fällen des Besitzkonstituts lassen sich nun bei der Vindikationszession von vornherein keine allgemein gültigen Regeln aufstellen, wann man im einzelnen Falle annehmen kann, daß die Uebergabe wegfallen

9) Staudinger (1928), zu § 446, Bem. I, 2 c, bürdet bei der Vindikationszession die Gefahr dem Käufer solange auf, bis der Käufer in den Besitz der Sache gekommen ist, weil sich erst dann das gesetzgeberische Prinzip (Ueberwachungsmöglichkeit) des § 446, BGB. verwirklichen könne. (Vgl. oben S. 43.) Allein hierauf kommt es m. E. nicht ausschließlich an. Vielmehr müssen diese Erwägungen vollkommen ausscheiden, wenn nach dem Willen der Parteien oder der Natur des Vertrages die Uebergabe ersatzlos wegfallen soll.

soll[10]). Jedoch dürfte bei der Auslegung des Parteiwillens zu beachten sein, daß bei Geschäften des täglichen Lebens die Vereinbarung einer Vindikationszession selten ist. Wenn nun jedoch das Eigentum an einer gekauften Sache durch Abtretung des Herausgabeanspruchs auf den Käufer übergehen soll, wird man in der Regel annehmen können, daß damit der Verkäufer aller seiner Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage ledig ist und insbesondere nicht mehr darauf zu dringen hat, daß der Dritte die Sache dem Verkäufer tatsächlich übergibt. Uebereignet z. B. jemand eine ganze Mietbücherei auf Grund eines Kaufvertrages und tritt er dem Käufer all seine Ansprüche gegen die Mieter einzelner Bücher ab, so wird man annehmen müssen, daß hier die Uebergabe ersatzlos wegfallen soll. Hier hat der Verkäufer entsprechend dem oben S. 49 näher gelegten Grundsatz alle seine Verpflichtungen erfüllt. Die Gefahr geht also mit Abschluß der Vindikationszession auf den Käufer über. Ebenso dürfte zu entscheiden sein, wenn jemand eine einzelne Sache, die er an einen Dritten verliehen, vermietet oder verpachtet hat, an einen anderen verkauft und im Wege des § 931 BGB. übereignet. Bei Geschäften des täglichen Lebens liegt eben in der Vereinbarung der Vindikationszession im Zweifel schon eine gewisse Abwicklung des Geschäfts.

Erst recht hat dies dann zu gelten, wenn sich die verkaufte Sache im Besitz eines den mittelbaren Besitz nicht vermittelnden Dritten befindet, wenn z. B. jemand eine verlorene von einem anderen gefundene Sache verkauft. Dieses Geschäft hat, wie alle solche Fälle, spekulativen Charakter. Schon aus diesem Grunde wird man annehmen dürfen, daß hier der Käufer die Gefahr tragen muß.

Auch Billigkeitserwägungen führen hier zu keinem anderen Ergebnis. Oertmann[11]) hat allerdings Bedenken und hält es für unbillig, dem Käufer die Gefahr aufzubürden, weil der Verkäufer in diesen Fällen nach Oertmanns Ansicht seine Pflicht nicht voll erfüllt und offenbar noch Bemühungen aufzuwenden habe, um dem Käufer den noch

10) So auch Planck, II, 2 (1928), § 446, Bem. 2 b; Düringer-Hachenburg, 3. Bd. (1913), S. 76; RGR. Komm. II, 2 (1929), zu § 446, S. 44; Cosack-Mitteis (1927), 1. Bd., § 183, S. 555; § 185, S. 531; Fedden, S. 18/19.

11) Oertmann in Ehrenbergs Handbuch, S. 423 u. Komm. (1929), II, 2 zu § 446, Bem. I, a, vgl. auch oben, S. 47

fehlenden Besitz zu verschaffen. Meines Erachtens liegt aber bei Geschäften des täglichen Lebens gerade in dem Abschluß einer — an sich seltenen — Vindikationszession die Vermutung, daß der Verkäufer damit alles getan hat, wozu er nach dem Vertrage verpflichtet war. Weiter kann man Oertmann mit Martinius und Wolters[12]) entgegenhalten, daß man dem Verkäufer die Ware nicht so lange belassen kann, bis es der Käufer für gut befindet, sich die Sache von dem Dritten herausgeben zu lassen.

Bei Handelsgeschäften dagegen ist die Uebereignung einer verkauften Sache durch Abtretung des Herausgabeanspruches keine Seltenheit. Hier kommt der oben S. 48 ff. näher begründete allgemeine Grundsatz zur vollen Geltung, daß nicht schon die — vorangehende — Uebereignung, sondern die Uebergabe die Gefahr auf den Käufer übergehen läßt, weil erst damit der Verkäufer seinen Verpflichtungen voll nachgekommen ist (vgl. § 433 BGB.). Deshalb genügt allein die Vindikationszession noch nicht zum Gefahrübergange[13]).

Eine Ausnahme gilt natürlich für die durch Traditionspapiere abgewickelten Geschäfte, da die Uebergabe dieser Papiere die tatsächliche Uebergabe mit allen ihren Wirkungen vertritt.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, daß bei der Vindikationszession die Gefahr grundsätzlich erst mit der Uebereignung und der Uebergabe auf den Käufer übergeht, also erst dann, wenn der Verkäufer allen seinen Verpflichtungen nachgekommen ist. Bei Geschäften des täglichen Lebens gilt aber im Gegensatz zu den Handelsgeschäften eine — allerdings nicht unter allen Umständen zutreffende — Ausnahme, es genügt hier allein die Uebereignung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs, da hiermit schon ein gewisser Abschluß (Abwicklung) der Geschäfte erreicht ist.

---

12) Vgl. oben S. 47.

13) So richtig OLG. Hamburg in LZ. 1920, S. 498 und Rechtsprechung OLG., Bd. 39, S. 168 ff.

Lebenslauf.

Ich wurde am 19. Juli 1906 in Rohnstock, Kreis Bolkenhain, als Sohn des Postmeisters Bruno Lange und seiner Ehefrau Alma, geb. Menzel, geboren. Von Ostern 1912 ab besuchte ich zunächst die Volksschule meines Geburtsortes. Ostern 1916 trat ich in die Sexta des Realgymnasiums in Striegau ein und verließ die Anstalt Ostern 1925 mit dem Zeugnis der Reife. Darauf studierte ich die Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten München, Breslau und Berlin. Am 13. Mai 1929 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am Kammergericht in Berlin und wurde am 29. Juni 1929 zum Referendar ernannt. Am 24. Juni 1930 legte ich vor der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät in Breslau die mündliche Doktorprüfung ab.

Gerhard Lange.